

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**O SISTEMA DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA PADRONIZAÇÃO
DECISÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO**

PAULA SANTOS FERNANDES MOREIRA

RIO DE JANEIRO

2018/2

PAULA SANTOS FERNANDES MOREIRA

**O SISTEMA DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA PADRONIZAÇÃO
DECISÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Andre Vasconcelos Roque**.

RIO DE JANEIRO

2018/2

CIP - Catalogação na Publicação

M835s Moreira, Paula Santos Fernandes
O SISTEMA DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS
NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE
CRÍTICA ACERCA DA PADRONIZAÇÃO DECISÓRIA NO DIREITO
BRASILEIRO / Paula Santos Fernandes Moreira. --
Rio de Janeiro, 2018.
61 f.

Orientador: Andre Vasconcelos Roque.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Precedentes. 2. Modelo Constitucional de
Processo Civil Brasileiro. 3. Garantias
processuais. 4. Exercício democrático. 5. Direito
como integridade. I. Roque, Andre Vasconcelos,
orient. II. Título.

PAULA SANTOS FERNANDES MOREIRA

**O SISTEMA DE FORMAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO NOVO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA PADRONIZAÇÃO
DECISÓRIA NO DIREITO BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Andre Vasconcelos Roque**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2018/2

Dedico este trabalho a todos que de uma forma ou outra me auxiliaram durante estes anos da minha caminhada acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, como agradecerei sempre que puder, à minha mãe e avó, por todo o suporte e incentivo que me deram desde o dia que abri meus olhos, pelo amor dedicado durante toda a vida, por acreditarem mais em mim do que eu mesma. Igualmente agradeço ao meu pai, por todos e tantos ensinamentos, por me encorajar constantemente a correr atrás dos meus sonhos, e me ajudar e apoiar em todas as circunstâncias, ainda que de longe.

Às amizades feitas ao longo desses cinco anos de graduação, deixando-a mais leve, divertida e, sem dúvidas, inesquecível. Em especial à Aline, Amanda, Ana, Carol Arruda, Carol Ferraz, Gabi, Isadora, Luisa, Marina, Nicole, Nath Luzes e Nath Sessim, pelas risadas e momentos inesquecíveis, mas principalmente por se fazerem presentes naqueles mais difíceis.

Ao meu orientador, professor Andre Roque, pela paciência, disponibilidade, compreensão e incentivo ao longo da elaboração do presente trabalho.

Encerro esse ciclo com o coração apertado, mas com a certeza de que me tornei um ser humano melhor.

Até mesmo os costumes e as leis escritas não devem permanecer inalterados para sempre.

Aristóteles

Procurai suportar com ânimo tudo aquilo que precisa ser feito.

Sócrates

RESUMO

Este trabalho tem por finalidade investigar como tem se dado o fortalecimento da jurisprudência no direito brasileiro, visando à estruturação de um sistema que confira integridade, coerência e estabilidade através de decisões adequadamente construídas e devidamente fundamentadas, sem deixar de lado garantias processuais integrantes do modelo constitucional de processo. A pesquisa foi desenvolvida pelo método dedutivo, partindo-se de questões gerais a respeito do sistema jurídico do *common law*, berço dos precedentes judiciais, bem como de suas particularidades para que se alcance a compreensão sobre como deve se dar a construção e a aplicação dos precedentes judiciais no direito brasileiro sem prejuízo de relevantes garantias processuais. A tipologia seguida foi de ordem qualitativa e teórica, com análise e discussão de obras bibliográficas, artigos científicos e julgados. Com isso, o trabalho estruturou-se pela análise dos precedentes com base nos sistemas de *common law*, abordando os seus aspectos históricos, a fim de que se verificasse como se deu o respeito às decisões judiciais nos países filiados a esta tradição, com o intuito de demonstrar como deve ser construída a decisão judicial, notadamente a partir do modelo constitucional de processo civil brasileiro e da posição dos órgãos jurisdicionais, para defender-se que é de fundamental importância que se compreenda a necessidade do caráter vinculante dos precedentes, mas, antes disso, que as decisões judiciais sejam, de fato, fruto de um exercício democrático e não discricionário. Por fim, volta-se à análise do precedente judicial, agora à luz do direito como integridade através da metáfora do romance em cadeia de Dworkin, ressaltando a sua importância na construção das decisões judiciais, equiparando os juízes aos romancistas, de modo que cada juiz deve se considerar um elo da cadeia, que deve se inclinar sobre as declarações de juízes anteriores a fim de determinar o que foi realizado coletivamente, da mesma forma que cada escritor deve formar sua própria opinião sobre o que já foi escrito até então, visando sempre a produzir no futuro melhor e mais íntegras decisões, imputando um caráter de continuidade, de integridade e de ganho de qualidade ao Direito.

Palavras-chave: Precedentes; modelo constitucional de processo civil brasileiro; garantias processuais; exercício democrático; direito como integridade; romance em cadeia; Dworkin.

ABSTRACT

The objective of this work is to examine how it has been given the strengthening of the jurisprudence in Brazilian law, aiming at the structuring of a system that confers integrity, coherence and stability through decisions adequately constructed and duly substantiated, without leaving aside procedural safeguards that are part of the constitutional process model. The research was developed by the deductive method, based on general questions about the common law's legal system, as well as its particularities to achieve understanding about how the construction and application of judicial precedents in Brazilian law without prejudice to relevant procedural safeguards. The typology followed was of qualitative and theoretical order, with analysis and discussion of bibliographical works, scientific articles and judged. Thus, the work was structured by the analysis of the precedents based on the common law systems, addressing the historical aspects with the objective of verifying how the respect to judicial decisions in the countries affiliated with this tradition has been given, in order to demonstrate how the judicial decision should be constructed, notably from the constitutional model of Brazilian civil procedure and the position of the courts, to defend itself that it is of fundamental importance to understand the necessity of the binding character of the precedents, but, before that, that judicial decisions are, in fact, the fruit of a Democratic and non-discretionary exercise. Finally, it turns to the analysis of the judicial precedent in the light of law as integrity through the metaphor of the novel in the Chain of Dworkin, emphasizing its importance in the construction of judicial decisions, equating judges with the romancists, so that each judge should consider himself a link of the chain, which should lean on the statements of previous judges in order to determine what was collectively accomplished, in the same way that each writer must form his own opinion on what has already been written so far, always aiming to produce in the future better and more intact decisions, imputing a character of continuity, integrity and quality gain to law.

Keywords: Precedents; constitutional model of Brazilian civil procedure; procedural safeguards; democratic exercise; right as integrity; chain novel; Dworkin.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. CONTEXTO HISTÓRICO E EVOLUTIVO DO <i>COMMON LAW</i>.....	15
1.1. Do fim do domínio romano até a conquista normanda de 1066.....	15
1.2. A conquista normanda e o desenvolvimento da common law e da equity	17
2. O DESENVOLVIMENTO DA DOCTRINA DOS PRECEDENTES NOS PAÍSES DO <i>COMMON LAW</i>	20
3. DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE A <i>CIVIL LAW</i> E <i>COMMON LAW</i>: UM BREVE CONTRAPONTO ENTRE OS DOIS SISTEMAS.....	24
3.1. A jurisprudência, a lei, os princípios e a doutrina: a importância dessas fontes em cada um dos sistemas.....	24
3.2. A importância histórica da jurisprudência no common law e algumas de suas principais particularidades.....	27
4. UMA APROXIMAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS: A VALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PELO DIREITO BRASILEIRO	29
4.1. As alterações introduzidas pela EC 45/2004: a busca pelo fortalecimento da jurisprudência	29
4.2. A criação de um sistema de formação de precedentes vinculantes pelo CPC/2015: uma análise crítica sobre a formação e aplicação dos padrões decisórios	31
5. A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS TAL QUAL UM ROMANCE EM CADEIA: O DIREITO COMO INTEGRIDADE.....	47
6. OS ELEMENTOS ATINENTES À FORMAÇÃO E A DINÂMICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: A <i>RATIO DECIDENDI</i> E O <i>OBTER DICTUM</i>; O <i>DISTINGUISHING</i> E O <i>OVERRULING</i>.....	47
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

Em um mundo globalizado do ponto de vista econômico, político, social e também jurídico, está cada vez mais difundida a ideia de que os sistemas jurídicos de *common law* e *civil law* tendem a se aproximar.

As leis editadas pelo legislador nos países de *common law* vêm exercendo uma maior influência em diversos aspectos da vida em sociedade, como por exemplo, a promulgação de um código processual escrito no berço da *common law*, as *Civil Procedure Rules* inglesas de 1999. Enquanto que, nos países da *civil law*, a importância dada aos precedentes judiciais tem sido cada vez maior, guardadas as devidas proporções.

Em que pese o Brasil possua um sistema jurídico essencialmente baseado na *civil law*, assim como outros países de origem romano-germânica, é notório que o novo diploma processual, em continuidade às reformas processuais verificadas ao tempo do CPC/1973, vem conferindo uma maior importância à jurisprudência, sob o pretexto da busca pela celeridade, efetividade do processo e segurança jurídica¹. Sendo possível destacar aquela que, abrangendo tanto os processos individuais como os coletivos, determina que os juízes e tribunais observarão os precedentes, conforme os arts. 926 e 927 do Código de Processo Civil de 2015.

Como se vê, o novo código criou um dever aos tribunais de uniformizarem a sua jurisprudência, entre outros mecanismos, através da criação de técnicas de resolução de litigiosidade repetitiva, visando a um ganho na eficiência do Judiciário brasileiro, que atualmente encontra-se abarrotado de processos paralisados e recursos sem julgamento, em razão do aumento das demandas judiciais observado nas últimas décadas.

¹ “O fortalecimento da jurisprudência no Brasil tem sido defendido por parte da doutrina sob o fundamento de proporcionar maior previsibilidade, estabilidade, respeito à confiança dos jurisdicionados, isonomia, economia processual, duração razoável dos processos e desestímulo à litigância. No entanto, todos esses benefícios potenciais somente poderão ser transformados em realidade, sem prejuízo de relevantes garantias processuais, se a formação e a aplicação dos precedentes forem realizadas de forma adequada. Tais premissas, todavia, nem sempre têm sido observadas pelos tribunais, dando origem a uma espécie inusitada de *common law* à brasileira.” ROQUE, Andre Vasconcelos . Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). Novas tendências do processo civil. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 247-263. Disponível em http://www.giselewelsch.com.br/blog/artigo-dever-de-motivacao-das-decisoes-judiciais-e-controle-da-jurisprudencia-no-novo-cpc-de-andre-vasconcelos-roque/16#_ftn6. Acesso em 19/11/2018.

Ocorre que se, de um lado, os Tribunais devem uniformizar entendimentos quando realmente houver tal uniformidade (e não apenas para se prevenir novos processos), de outro lado, esse trabalho não acaba com a formulação de súmulas ou de precedentes de qualquer espécie.

Isso porque, “ a doutrina do *stare decisis* foi construída e amadurecida nos países da *common law* ao longo dos séculos”, e o tempo demonstrou a necessidade de mitigar a rigidez dos precedentes através de técnicas como o “*distinguishing* (distinção entre casos para efeitos de subordinação, ou não, a um precedente) e o *overruling* (revogação de precedente por razões de grave injustiça ou em virtude de mudanças das condições que lhe deram origem).”²

Há quem defenda abertamente o sistema dos precedentes no processo civil brasileiro por ser uma solução para o problema da falta de estabilidade ou segurança jurídica, como Luiz Guilherme Marinoni³, Ticiano Alves e Silva⁴, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Jr.⁵, Humberto Theodoro Jr.⁶, e Elpídio Donizetti⁷.

² ROQUE, Andre Vasconcelos . Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). Novas tendências do processo civil. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 247-263. Disponível em http://www.giselewelsch.com.br/blog/artigo-dever-de-motivacao-das-decisoes-judiciais-e-controle-da-jurisprudencia-no-novo-cpc-de-andre-vasconcelos-roque/16#_ftn6. Acesso em 19/11/2018.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.12-13

⁴ Para este autor, a adoção de um sistema precedentalista, além de prestigiar os direitos fundamentais à igualdade, à razoável duração do processo e à segurança jurídica, não traria empobrecimento à cultura jurídica, pois sempre seria possível, “*com a apresentação de argumentos novos, provocar-se a superação total (overruling) ou parcial (overriding) do precedente*”, vide ALVES E SILVA, Ticiano. Carta ao professor Tesheiner: sobre os precedentes obrigatórios. Páginas de direito. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>> Acesso em 12/11/2018.

⁵ ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos (Coord. Fredie Didier e Antonio Adonias Aguiar Bastos). Salvador: Juspodivm, 2012.p. 363.

⁶ THEODORO JR., Humberto. Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil – demandas repetitivas. Revista de Processo. ano 41. vol. 255. São Paulo: Ed. RT, mai. 2016. p. 359-372.

⁷ DONIZETTI, Elpídio. A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em 12/11/2018.

Outros, já não enxergam tal perspectiva com bons olhos, como José Maria Rosa Tesheiner⁸, Hugo Nigro Mazzilli⁹, Nelson Nery Junior¹⁰, Lenio Luiz Streck¹¹, Maurício Ramires¹², e George Abboud¹³, sob a justificativa de uma absorção inadequada de outra cultura, dentre outros fatores.

Diante desse impasse, o intuito do presente trabalho é a realização de uma análise crítica acerca da formação e aplicação dos precedentes judiciais no Brasil, levando em consideração o modo como eles surgiram e se desenvolveram nos países anglo-saxônicos e da tradição jurídica da *common law*.

O que se pretende demonstrar é que os precedentes exigem, para sua legitimidade democrática, a observância de alguns pressupostos que os diferenciam de outros pronunciamentos emanados do Judiciário, tanto no que diz respeito à sua formação como no que concerne à sua aplicação.

Inicia-se o estudo por um capítulo dedicado à contextualização do tema, abordando alguns aspectos históricos do direito inglês que contribuíram para o desenvolvimento da doutrina dos precedentes. Logo em seguida, abordar-se-á a forma como essa doutrina surgiu e quando ela tornou obrigatória nos países do *common law*. No terceiro capítulo serão abordadas algumas diferenças e semelhanças entre os dois sistemas, principalmente no que tange às fontes do direito. O mesmo capítulo se preocupará com as particularidades do *common law* e a importância histórica da jurisprudência nesta tradição jurídica. O quarto capítulo busca delinear algumas alterações legislativas voltadas à valorização da jurisprudência antes mesmo da promulgação do novo código, para depois realizar uma análise crítica sobre a forma como esta

⁸ TESHEINER, José Maria Rosa. Contra os Precedentes Obrigatórios. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 13, nº 1099, 09 de dezembro de 2013. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>. Acesso em 14/11/2018.

⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. A força obrigatória dos precedentes. Novo CPC aplicado visto por processualistas. Coordenadores Teresa Arruda Alvim, Mirna Cianci, Lucio Delfino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 107-113.

¹⁰ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.[s/p.]

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II. Conj. 29 de setembro de 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>> Acesso em 15/10/2018.

¹² RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.[s/p.]

¹³ NERY JR., Nelson. ABBOUD; Georges. *Stare decisis* vs. direito jurisprudencial. In: FREIRE, Alexandre et al (coords.). Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 503.

vem ocorrendo a partir da promulgação na nova legislação. O quinto capítulo irá esclarecer como a metáfora do romance em cadeia idealizada por Dworkin pode colaborar para a formação das decisões judiciais íntegras e coerentes, que posteriormente poderão ser aplicadas como precedentes. O sexto e último capítulo buscou explicar, ainda que de forma breve os elementos do precedente, assim como as técnicas de superação e distinção dos mesmos.

O trabalho que se pretende realizar será desenvolvido pelo método dedutivo, partindo-se de questões gerais a respeito do sistema jurídico do *common law*, berço dos precedentes judiciais e de suas particularidades para que se alcance a compreensão sobre como deve se dar a construção e a aplicação dos precedentes judiciais no direito brasileiro sem prejuízo de relevantes garantias processuais

1. CONTEXTO HISTÓRICO E EVOLUTIVO DO *COMMON LAW*

1.1. Do fim do domínio romano até a conquista normanda de 1066

Chama-se *common law* a tradição jurídica em que se inserem os ordenamentos jurídicos hoje vigentes no Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, na Irlanda, nos Estados Unidos da América, no Canadá, na Austrália e na Nova Zelândia, além de ter exercido grande influência sobre diversos ordenamentos africanos e asiáticos¹⁴.

Por ter o seu berço no direito da Inglaterra, todo o estudo dessa tradição jurídica deve, necessariamente, começar pelo exame do direito daquele país¹⁵.

A doutrina reconhece que o direito inglês é marcado por quatro importantes períodos¹⁶. O primeiro deles é o período anglo-saxônico, que subsiste até a conquista normanda da Inglaterra em 1066. O segundo, que compreende o interregno entre 1066, com a ascensão de Guilherme I ao trono inglês, até o início da Dinastia Tudor, em 1485, momento no qual surgiu e se desenvolveu a *common law*. O terceiro, que se inicia em 1485 e perdura até 1832, é marcado pelo desenvolvimento do sistema da *equity*, de cunho complementar à *common law*. Finalmente, o quarto é o período moderno, que começa em 1832 e vai até os dias atuais, caracterizado pelo desenvolvimento sem precedentes da lei, pela intervenção da Administração Pública na sociedade e, ainda, a partir da segunda metade do século XX, após o fim da segunda guerra mundial, pela consagração dos direitos humanos no plano doméstico e internacional.¹⁷

Sob o ponto de vista cronológico, pode-se afirmar, com relativa segurança, que o marco histórico do direito inglês é a conquista da Inglaterra pelos normandos, em 1066.¹⁸ Nas palavras de René David:

A história do direito começa, para os historiadores do direito inglês, na época em que, tendo cessado este domínio, diversas tribos de origem germânica – saxões, anglos,

¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. São Paulo: Atlas, 2018. p. 10.

¹⁵ “Todo o estudo da *common law* deve começar por um estudo do direito inglês” DAVID, René. Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo Tradução Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 279.

¹⁶ DAVID, René. Op. cit., p. 356.

¹⁷ ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do stare decisis. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, pp. 295 - 316, jul./dez. 2015. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1739-3318-1-sm.pdf>> Acesso em 1/10/2018.

¹⁸ DAVID, René. Op. cit., p. 356

dinamarqueses – partilharam entre si a Inglaterra. [...] A conquista normanda constitui, na realidade, um acontecimento capital na história do direito inglês, porque traz para a Inglaterra um poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia. Com a conquista pelos normandos, a época tribal desaparece e o feudalismo instala-se na Inglaterra.¹⁹

O período anterior à conquista normanda, também conhecido como direito anglo-saxônico, é marcado pela dominação romana por cerca de quatro séculos²⁰. Nessa época, o território inglês constituía-se, basicamente, em um emaranhado de diversas tribos de origem germânica, com organização, língua e costumes distintos, circunstância que impedia a centralização do poder e, conseqüentemente a imposição de uma ordem jurídica.²¹

As relações sociais eram reguladas pelos costumes locais, passados através das gerações pela tradição oral²², sendo as leis escritas bastante escassas. Os textos legais existentes regulavam apenas questões pontuais, especialmente sobre homicídios, lesões corporais e furto de rebanhos, considerado um dos bens mais valiosos na época²³.

A administração da justiça ocorria nas cortes locais (*hundred and shire courts*), que eram mantidas pelo “*sheriff*”, um oficial designado pelo rei²⁴. Nessas cortes não havia um poder coercitivo efetivo. A única maneira possível de obrigar o réu obstinado a comparecer em juízo se dava por meio da subtração de um bem de sua propriedade, especialmente o seu rebanho, a fim de que fosse resgatado em juízo. O sujeito que ainda assim não comparecesse, poderia ser declarado um “fora-da-lei”, e corria o risco de ser assassinado por qualquer pessoa²⁵.

As partes submetiam-se ao resultado apenas por uma questão de honra. O auxílio do rei para o cumprimento das decisões podia ser invocado apenas em alguns casos extremamente excepcionais, quando o réu era alguém muito poderoso ou rico, que estava abertamente desafiando a lei vigente. Os “frutos do julgamento” deveriam ser buscados pelo vencedor, com as suas próprias mãos, o que eventualmente poderia gerar atos de extrema violência²⁶.

¹⁹ DAVID, René. Op. cit., p. 357-358.

²⁰ DAVID, René. Op. Cit., p. 356 e LEFROY, A. H. F. *The anglo-saxon period of English Law. Yale Law Journal*, v. 26, 1916-1917, p. 291.

²¹ DAVID, René. Op. cit., p. 356.

²² MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 14.

²³ POLLOCK, Frederick. *The expansion of the common law. London: Stevens and Sons*, 1904, p. 150 e outros.

²⁴ POLLOCK, Frederick. Op. Cit., p. 142.

²⁵ LEFROY, A. H. F. *The anglo-saxon period of English Law. Yale Law Journal*, v. 26, 1916-1917, p. 303.

²⁶ POLLOCK, Frederick. Op. Cit., p. 146 e também em LEFROY, A. H. F., Op. Cit., p. 303.

Esse cenário jurídico começou a mudar a partir do ano de 1066, com a conquista da Inglaterra pelos normandos e a ascensão ao trono inglês de Guilherme I, primo do rei falecido.

1.2. A conquista normanda e o desenvolvimento da common law e da equity

A conquista normanda de 1066 foi responsável pela centralização do poder nas mãos do rei. Isso porque, apesar de ter mantido a ordem jurídica anterior, possibilitou a formação de um poder forte e centralizado, com o abandono do sistema tribal e a instauração do feudalismo na Inglaterra²⁷.

Tratava-se de um feudalismo muito diferente daquele que existia na Europa Continental, pois os senhores de terra se organizavam em torno do rei, de modo que nenhum deles era proprietário de grandes extensões de terra, sendo vedada a “subenfeudação”, para que nenhum barão pudesse rivalizar em poder com o rei e, dessa forma, fossem todos dele dependentes. Esse sistema organizado de forma praticamente militar que permitiu o desenvolvimento do *common law*, como se verá adiante²⁸.

Nesse processo de centralização, durante os anos de 1154-1189, iniciou-se um longo e consistente processo histórico que desencadeou na formação das Cortes Reais, quais sejam, a *Court of Exchequer*, a *Court of King's Bench* e a *Court of Common's Pleas*, denominados Tribunais de Westminster, em substituição às *County Courts* ou *Hundred Courts*, órgãos que somente aplicavam os costumes locais

A partir da instalação dessas Cortes, a ordem jurídica inglesa foi se conformando com a elaboração de um direito comum, a *common law*, que significava o direito comum a todo Reino da Inglaterra, comum justamente porque se decidia de maneira centralizada pelas Cortes Reais de Justiça de Westminster em oposição aos costumes locais²⁹.

²⁷ DAVID, René. Op. cit., p. 357 e 358.

²⁸ DAVID, René. Op. cit., p. 285 e CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. p. 11.

²⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do *civil law* e do *common law*. Quaestio Iuris. vol. 11, nº. 03, Rio de Janeiro, 2018. pp. 1456. Disponível em: <https://www.academia.edu/37337612/As_origens_hist%C3%B3ricas_do_civil_law_e_do_common_law_The_historical_origins_of_civil_law_and_common_law>. Acesso em 15/11/2018.

Cumprir destacar que as jurisdições locais e senhoriais, porém, só deixaram de ter importância no século XV, e somente a partir dessa época as Cortes Reais se tornaram, de fato, “jurisdições de direito comum, com uma competência universal. Apesar disso, permaneceram, em teoria, até a segunda metade do século XIX, como jurisdições de exceção”³⁰, pois era necessário, antes de qualquer coisa, conseguir com que elas admitissem sua competência, para poder submeter-lhes o julgamento de um litígio³¹.

Os rumos mudaram quando os barões se opuseram à ampliação dessas Cortes, o que desencadeou na outorga do Segundo Estatuto de Westminster em 1285. Essa nova lei restringiu ainda mais a competência dessas Cortes proibindo a criação de novas ações, permitindo apenas a resolução daquelas em que já havia um remédio previamente determinado³².

Com isso, as Cortes Reais foram ficando cada vez mais formalistas e restritivas quanto à admissão de sua competência, tornando-se o *common law* insuficiente frente às transformações vivenciadas pela sociedade inglesa no final do século XIV. Tal circunstância possibilitou o desenvolvimento um outro sistema jurídico no direito inglês, a *equity law*³³.

A origem desse sistema, segundo a hipótese mais aceita atualmente, está na prerrogativa real de fazer justiça conforme a sua própria consciência, sendo uma tradição que já existia pelo menos desde a época da conquista normanda.

A *equity law* permitia às partes que não tivessem obtido o acesso à justiça ou estivessem irredimidas com a decisão do Tribunal, a apresentação excepcional de um recurso junto ao Rei. Em razão do aumento de recursos, os pedidos passaram a ser encaminhados diretamente ao Chanceler, o que desencadeou na posterior criação da Corte de Chancelaria³⁴.

No início, o Chanceler julgava os casos baseando-se apenas na equidade, sem vinculação a julgamentos anteriores. Ao longo dos séculos XVI a XVIII, no entanto, a Corte de

³⁰ DAVID, René. Op. cit., p. 5.

³¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 11.

³² MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 17.

³³ DAVID, René. Op. Cit., p. 370. O autor entende que a *equity law* seria por natureza um sistema rival da *common law*.

³⁴ STORY, Joseph. *Commentaries on equity jurisprudence as administered in England and America*. 13 ed. Boston: Little, Brown and Company, 1886, v. I, p. 41.

Chancelaria foi desenvolvendo seus próprios princípios de direito material, e os precedentes judiciais ganhavam cada vez mais importância.

Desde então, o direito inglês se desenvolveu em uma estrutura dualista, que ao lado das regras de *common law*, criadas pelos Tribunais Reais (ou tribunais de *common law*), também apresenta soluções de *equity*, que vieram a melhorar, aperfeiçoar e completar o *common law*³⁵.

A diferenciação formal entre os dois sistemas terminou no final do século XIX com a edição do *Judicature Acts*, que além de unificar as jurisdições, também modificou profundamente a organização judiciária da Inglaterra.³⁶ Desse modo, as antigas cortes da *common law* e da Chancelaria foram abolidas e todos os tribunais ingleses passaram a ter competência para proferir decisões fundadas tanto na *common law* quanto na *equity law*.

³⁵BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do *civil law* e do *common law*. Quaestio Iuris. vol. 11, nº. 03, Rio de Janeiro, 2018. pp. 1456. Disponível em: <https://www.academia.edu/37337612/As_origens_hist%C3%B3ricas_do_civil_law_e_do_common_law_The_historical_origins_of_civil_law_and_common_law> Acesso em 15/11/2018.

³⁶ DAVID, René. Os grandes sistemas... Op. Cit., p. 377

2. O DESENVOLVIMENTO DA DOUTRINA DOS PRECEDENTES NOS PAÍSES DO *COMMON LAW*

Partindo-se das ideias do capítulo anterior, é possível dizer que a *common law* surgiu a partir da formação das Cortes Reais, que possibilitaram a elaboração de um direito comum em todo o reino, pois aplicavam um direito uniforme à toda a Inglaterra, em oposição aos costumes da época tribal.

Diante da importância dada aos fatos dos casos concretos na resolução dos litígios, as decisões dessas Cortes foram paulatinamente assumindo um papel vinculante. Ao tempo do reinado de Edward I já existia o hábito da citação de casos antigos pelas partes do processo, com o fim de exemplificar seus direitos e petições, sem que essa citação tivesse caráter vinculante³⁷.

Desde a criação das Cortes Reais, os juízes ingleses tinham o hábito de se reunir para discutir os casos mais importantes e complexos³⁸. No início do século XV, essas reuniões eram frequentemente realizadas na Câmara de Exchequer. Após discutido e decidido, o caso retornava à respectiva Corte de Justiça para que a decisão fosse proferida.

Em 1483, numa das decisões tomadas por maioria na Câmara, o Juiz-Chefe ao se manifestar consignou que, apesar de discordar da decisão que ali se forjara, ele estava obrigado a adotar a opinião da maioria. Tal caso configurou um marco na história dos precedentes, de sorte que os juízes que participavam da Câmara quando fossem julgar casos futuros envolvendo princípios já analisados, acabavam obrigados a adotá-los.

Nos séculos XVI e XVII, as decisões proferidas pela Câmara de Exchequer assumiram o papel de precedentes vinculantes, mas ainda existiam casos em que as Cortes de Justiça consideravam-se livres para não considerar os precedentes.

³⁷ DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *Common Law* e de *Civil Law*. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/124-formacao-historica-aspectos-do-desenvolvimento-e-perspectivas-de-convergencia-das-tradicoes-de-common-law-e-de-civil-law> - Acesso em: 24-Nov-2018

³⁸ VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law : os dois grandes sistemas legais comparados* / Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. Ed., 2007.. P. 115.

Foi somente no século XIX que as decisões se tornaram obrigatoriamente vinculantes, quando a doutrina dos precedentes foi sistematizada de forma simétrica e rígida, da forma como é seguida nos dias atuais³⁹.

Perceba-se então, que no *common law* a vinculação aos precedentes não decorreu de lei, mas foi construída ao longo do tempo, conforme a mudança da forma de atuação dos órgãos jurisdicionais⁴⁰.

Antes mesmo da edição de uma norma determinando a sua obrigatoriedade, já havia na prática do *common law* o respeito às decisões anteriores⁴¹, confirmando que “o *common law* não precisa da doutrina dos precedentes para funcionar”⁴².

Mas foi nesse sistema que surgiu com imensa força a doutrina dos precedentes, mais conhecida como *stare decisis*, nome abreviado da expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa, “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”⁴³.

Pode-se dizer que o desenvolvimento dessa teoria decorreu da necessidade de se estabelecer a extensão da autoridade de cada precedente para a sua posterior aplicação em casos futuros. O que possibilitou o desenvolvimento de critérios específicos para a determinação da porção do precedente que passaria a vincular as futuras decisões de casos similares. De forma simplificada, pode-se chamar de *stare decisis* a regra segundo a qual os órgãos jurisdicionais devem seguir os precedentes, por estarem vinculados a eles.

Essa técnica, no entanto, não é aplicada da mesma forma em todos os países filiados à *common law*, sendo em alguns aplicada com mais ou menos rigidez. Segundo Benjamin N.

³⁹ VIEIRA, Andréia Costa. Op. cit. P. 115 e 116.

⁴⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 18.

⁴¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. O precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 153.

⁴² “O fato de que a tradição jurídica de *common law* existe desde o século XI, mas só no século XVIII a vinculação aos precedentes começa a tomar forma, mostra, de modo irresponsável, que “o *common law* não precisa da doutrina dos precedentes para funcionar”. CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 13.

⁴³ Essa ideologia traz a ideia de respeito às decisões judiciais tomadas anteriormente por outros tribunais que resolvam um problema semelhante (*treat like cases alike*).

Cardozo (tradução livre), “a regra da aderência ao precedente é aplicada com menos rigidez nos Estados Unidos que na Inglaterra”⁴⁴.

Na Inglaterra, a obrigatoriedade do precedente foi estabelecida no caso *Beamish vs. Beamish* e se tornou definitiva em *London Street Tramways vs. London County Council*. Câmara explica que a *House of Lords*, ao julgar o caso *Beamish vs. Beamish*, no ano de 1861,

(...) considerou que um casamento só seria válido pelas leis inglesas se realizado perante um clérigo ordenado, afirmando que o fato de ser o noivo, ele próprio, um clérigo ordenado não validava o casamento se não tivesse sido celebrado perante outro clérigo ordenado. Neste julgamento, a *House of Lords* expressamente afirmou que (em tradução livre) “a autoridade de *The Queen vs. Mill* é presumida como vinculante” (no original: “The authority of *The Queen vs. Mill* [is] assumed to be binding”)⁴⁵.

No caso *London Street Tramways vs. London County Council*, julgado em 1898, a *House of Lords* concluiu que “uma decisão desta Casa sobre uma questão de direito é conclusiva, e que nada, salvo um Ato do Parlamento, pode tornar certo o que alegadamente está errado em um julgamento desta Casa”⁴⁶.

A partir dessa decisão, a regra do *stare decisis* foi acolhida no Direito inglês de forma absoluta, de modo que a própria *House of Lords* se vinculava aos seus precedentes, não podendo alterá-los mesmo quando os considerasse equivocados. Isso somente se modificou com a edição, em 1966, do *House of Lords’ Practice Statement*, que passou a admitir a superação (overruling) de seus próprios precedentes, “prática que permanece na United Kingdom Supreme Court até hoje (que substituiu a *House of Lords* como tribunal supremo na Inglaterra)”⁴⁷.

Tomando como base o que foi dito, podemos perceber que nos países filiados ao *common law*, a vinculação aos precedentes se desenvolveu ao longo do tempo, conforme a

⁴⁴ CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. New Haven e Londres: Yale University Press, 1991. p. 158. No original: “the rule of adherence to precedent is applied with less rigidity in the United States than in England”. CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 15.

⁴⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 15.

⁴⁶ “(...) no original: “A decision of this House upon a question of law is conclusive, and that nothing but an Act of Parliament can set right that which is alleged to be wrong in a judgment of this House”.” CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 15.

⁴⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 17.

mudança da forma de atuação dos órgãos jurisdicionais, sem precisar de uma lei determinando a sua obrigatoriedade.

Também é importante lembrar que apesar disso, esses ordenamentos não constituem sistemas jurídicos rígidos, inflexíveis ou infensos a modificações quando for preciso. “É que o fato de a técnica do *stare decisis* não ser absoluta, conferindo “alguma certeza” no Direito, é sua virtude primária.”⁴⁸

Nesse sentido Câmara afirma que há uma busca pela flexibilidade interpretativa no *common law*, para que não ocorra o engessamento do direito por conta da vinculação aos precedentes:

O que se percebe, então, é que há no *common law* uma busca da flexibilidade interpretativa, de modo que os precedentes, ainda que vinculantes, não engessem o Direito. Sobre o ponto, aliás, afirma Tunc que “uma atitude liberal em relação à autoridade do precedente ou até uma certa liberdade quanto a ele não significa, no mínimo, tolerância quanto a uma conduta imprópria”. É que uma aderência estrita a precedentes conduz ao que pode ser considerado uma solução injusta no caso concreto, o que não é desejável. Há, pois, uma batalha por livrar as cortes de grilhões autoimpostos, o que significa dizer que a luta, nos ordenamentos jurídicos filiados à tradição do *common law*, é por evitar uma rigidez que não pode ser admitida em qualquer ordenamento jurídico, sob pena de o Direito atuar como um obstáculo à evolução.⁴⁹

Visto o modo como surgiu e se desenvolveu a teoria dos precedentes nos países de *common law*, passa-se a fazer uma análise comparativa entre os dois sistemas que vêm se aproximando cada vez mais, para depois se investigar como vem ocorrendo a valorização da jurisprudência no direito brasileiro.

⁴⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 21 e DUXBURY, Neil. The nature and authority of precedent. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 160.

⁴⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 22.

3. DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS ENTRE A *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*: UM BREVE CONTRAPONTO ENTRE OS DOIS SISTEMAS

3.1. A jurisprudência, a lei, os princípios e a doutrina: a importância dessas fontes em cada um dos sistemas

Quanto às fontes do direito, pode-se dizer que a diferença clássica entre os dois sistemas reside, principalmente, na importância histórica dada à jurisprudência pelo sistema *common law*, em contraposição à proeminência das leis nos países de origem romano-germânica.

Enquanto que, classicamente, no *common law* a jurisprudência exerce o papel de fonte primária do direito, na *civil law*, a lei é a sua fonte primordial. Diferentemente do *civil law*, no qual a autoridade da lei se dá através de sua promulgação, no *common law* a autoridade do direito está em suas origens e em sua geral aceitabilidade por sucessivas gerações⁵⁰.

Outro fator de diferenciação reside na função que desempenha a doutrina em cada um desses sistemas. Nos países de tradição romano-germânica, a doutrina exerce uma influência consideravelmente maior, se comparamos com aqueles filiados à *common law*, podendo influenciar a própria criação do direito, sendo grande parte das vezes, a sua mola-propulsora⁵¹. Nos países do *common law*, a doutrina⁵², na maioria dos casos, atua no papel de comentarista de precedentes vinculantes⁵³.

Classicamente se entende que os princípios possuem o mesmo grau de importância em ambos os sistemas, constituindo fonte secundária de direito. No entanto, a partir do

⁵⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo. Saraiva, 2014. P. 116.

⁵¹ VIEIRA, Andréia Costa. Op. cit., p. 220.

⁵² O que se constata nos livros “*cases and materials*”, comuns nos Estados Unidos. Sobre processo civil, o livro *Civil Procedure: Cases and Materials, 11th Edition (American Casebook Series) 11th Edition*, autores Jack Friedenthal, Arthur Miller, John Sexton e Helen Hershkoff; no que diz respeito ao direito de família, o livro *Domestic Relations, Cases and Materials (University Casebook Series) 8th Edition* escrito por Walter Wadlington, Raymond O'Brien e Robin Wilson, traz comentários de casos de tribunais estaduais, federais e internacionais; na área da propriedade intelectual: *Intellectual property: Law and the Information Society, Cases and Materials: An Open Casebook: 3rd Edition 2016* (por James Boyle e Jennifer Jenkins) no que tange ao direito dos seguros: *Insurance Law: Cases and Materials*, por John Lowry e Philip Rawlings.

⁵³ VIEIRA, Andréia Costa. Op. cit., p. 220.

desenvolvimento do pós-positivismo⁵⁴ e do neoconstitucionalismo⁵⁵, estes⁵⁶ passaram a ser considerados nos países de *civil law* verdadeiras fontes normativas de direito⁵⁷. De acordo com

⁵⁴ Segundo Barroso, o direito positivo vive uma grave crise existencial, representando o pós-positivismo um anseio por um novo fôlego, ressaltando que: “O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada Nova Hermenêutica e da Teoria dos Direitos Fundamentais (...) O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito” vide BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Luís Roberto Barroso (organizador). 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27-28. Para Eduardo Cambi, o pós-positivismo caracteriza-se pela superação do legalismo, uma herança da Revolução Francesa, cujo intento era a manipulação ideológica pela burguesia, com a difusão da ideia de paz e harmonia, ordem e progresso, consenso e felicidade geral, dentre outras características. CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 80-85. “Na falta de melhor denominação, tornou-se comum a utilização do gênero pós-positivismo, como algo que vem após o positivismo, mas que ainda não se sabe o que é. Pode-se, todavia, definir como algumas de suas bases fundamentais os seguintes pontos: a) superação da legalidade estrita, sem desprezar o direito posto; b) normatividade dos princípios, que deixam de ser meras exortações ou mesmo fontes subsidiárias, aplicadas apenas no silêncio da lei, passando a ser considerados verdadeiras normas jurídicas; c) compreensão do ordenamento jurídico não mais como se fosse um sistema fechado e auto-suficiente, mas como um sistema jurídico aberto de valores.” ROQUE, Andre Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel García Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). Novas tendências do processo civil. 1ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 247-263. Disponível em http://www.giselewelsch.com.br/blog/artigo-dever-de-motivacao-das-decisoes-judiciais-e-controle-da-jurisprudencia-no-novo-cpc-de-andre-vasconcelos-roque/16#_ftn6. Acesso em 19/11/2018.

⁵⁵ Segundo Luís Roberto Barroso, o neoconstitucionalismo é um novo paradigma de compreensão interpretação e aplicação do direito constitucional ocidental pós 2ª Guerra Mundial, que tem como marcos significativos as constituições alemã (1949) e italiana (1947), e a criação dos tribunais constitucionais nesses países – nos anos de 1951 e 1956, respectivamente. Afirma que o neoconstitucionalismo deve ser compreendido por meio da identificação do marco histórico, teórico e filosófico. Aponta ainda a importância dos processos de redemocratização da Espanha e Portugal para a sua construção e fortalecimento. Em suma, o neoconstitucionalismo trouxe como principais mudanças de paradigma no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Teresina: Jus Navigandi, ano 9, n. 851, out. 2005. Disponível <<http://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em 12/10/2018. BARROSO, Luiz Roberto.

⁵⁶ De acordo com Paulo Bonavides, com a inserção dos princípios nas Constituições, ocorrida principalmente após as grandes guerras do século XX, estes deixam de ser entendidos como valores abstratos ou fonte interpretativa subsidiária, passando a ser considerados como normas tanto quanto as regras jurídicas. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286 e ss.

⁵⁷ Segundo Fábio de Oliveira, o direito não pode mais se restringir a um conjunto de normas que regulam a conduta humana, mas deve aliar-se aos princípios positivados na Constituição, pois eles “embasam de racionalidade / valoração os motivos, os meios e os fins do sistema jurídico”. OLIVEIRA, Fábio de. Por Uma Teoria dos Princípios: O Princípio Constitucional da Razoabilidade. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.63.

Luís Roberto Barroso, o reconhecimento da normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo⁵⁸. Segundo ele:

A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios⁵⁹.

Mas é preciso ter em mente, desde logo, que a normatividade dos princípios demanda do intérprete uma atividade mais intensa, tendo em vista que estes são caracterizados por uma menor densidade normativa. Nesse sentido explica Andre Roque:

O neoconstitucionalismo pressupõe, assim, a normatividade dos princípios, em especial daqueles contemplados na Constituição, de tal maneira que se torna insuficiente a interpretação como simples atividade de subsunção entre uma premissa maior (texto normativo) a uma premissa menor (fatos juridicamente relevantes). Isso porque, além da impossibilidade de se atingir a objetividade plena em qualquer âmbito normativo, como se sabe, os princípios são caracterizados por uma menor densidade normativa, exigindo do intérprete atividade mais intensa, direcionada à concretização do seu sentido segundo o caso concreto. Além disso, a tarefa do intérprete é redobrada pelo fato de que os princípios possuem uma dimensão até então não levada em consideração nos tradicionais esquemas interpretativos de subsunção: a do peso ou da importância, permitindo que eventual conflito entre princípios não se resolva por simples relações de validade, mas sim de preponderância (ponderação de interesses)⁶⁰.

Nessa linha, a jurisprudência, tida classicamente como fonte secundária do direito nos países de origem germânica, passou a ser considerada por muitos juristas brasileiros como fonte primária. Para Hermes Zaneti Jr., a mudança de paradigma consiste em abandonar o caráter meramente persuasivo da jurisprudência anterior para assumir o papel normativo dos precedentes atuais⁶¹. Da mesma forma, Ronaldo Cramer sustenta que a jurisprudência era

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf, p. 13

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 26.

⁶⁰ ROQUE, Andre Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). Novas tendências do processo civil. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 247-263. Disponível em http://www.giselewelsch.com.br/blog/artigo-dever-de-motivacao-das-decisoes-judiciais-e-controle-da-jurisprudencia-no-novo-cpc-de-andre-vasconcelos-roque/16#_ftn6. Acesso em 19/11/2018.

⁶¹ Segundo o autor, o CPC/2015 rompeu definitivamente com a tradição brasileira do direito jurisprudencial e da jurisprudência persuasiva, elencando no art. 927 e incisos os casos em que os precedentes no Brasil obrigam, portanto, são normativos e vinculantes, e não meros exemplos de boas decisões. Daí se falar, nestes casos, de precedentes normativos formalmente vinculantes, uma vez que são normas primárias, estabelecidas como tal pela legislação processual formal, que determina a sua vinculação independentemente de suas boas razões. ZANETI, Hermes Jr. Em Precedentes Normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudenciais. 2015. P. 47.

considerada como fonte secundária ou material do direito até a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, em razão do seu caráter eminentemente persuasivo⁶². Nesse sentido, Cruz e Tucci defende a caracterização dos precedentes judiciais como uma fonte do direito de grande importância, mesmo nos países pertencentes à família romano-germânica, com uma influência muito maior do que se possa imaginar⁶³.

3.2. A importância histórica da jurisprudência no common law e algumas de suas principais particularidades

Para René David, a inexistência inicial de um corpo de normas de direito material e a vultuosa importância dada às regras de processo (o que justifica a expressão “*remedies precede rights*”), constitui fato determinante para a imposição histórica da jurisprudência como a principal fonte do direito inglês, apesar do papel de destaque adquirido pelas leis nas últimas décadas⁶⁴.

Ressalta-se que até hoje, ainda não há na Inglaterra uma Constituição escrita. “O que os ingleses chamam de Constituição, na verdade, é o conjunto de regras de origem jurisprudencial ou legislativa que garantem as liberdades e os direitos fundamentais e estabelecem limites às autoridades”⁶⁵.

Por esse motivo se considera que o direito inglês é um direito histórico, consolidado sem revoluções ou rupturas com a ordem jurídica anterior. Os sistemas jurídicos da tradição da *civil law*, por outro lado, são marcados por eventos como Revoluções, Declarações de Independência ou Codificações, como por exemplo a Revolução Francesa.

O direito inglês é um direito de processualistas e práticos, passando ao largo de ser um direito dogmático.⁶⁶ O direito inglês não é um direito acadêmico e, portanto, não tem princípios

⁶² CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 67.

⁶³ TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 18

⁶⁴ DAVID, René. Op. Cit., p. 363.

⁶⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. Tese de doutorado. P. 33. Disponível em <http://pct.capes.gov.br/teses/2011/40003019006P4/TES.PDF> Acesso em 5/10/2018.

⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19

abstratos nem juristas teóricos; ao contrário, é um sistema de *case law*, no qual os juízes aplicam a justiça e não fórmulas de direito preestabelecidas⁶⁷.

A cada nova situação corresponde uma nova regra, e a ligação ao passado existe para transmitir o procedimento que permite ao juiz chegar à novidade normativa que, por sua vez, não vem a ser criada partindo-se de um grau zero, mas é elaborada com base nas regras jurídicas já formadas pelos precedentes, devendo o juiz apresentar as razões e os fatos que distinguem ou não o caso atual daquele já julgado anteriormente⁶⁸.

Assim, o *common law* não pode ser considerado um fim em si mesmo, mas como um produto da sociedade em que se encontra inserido e de sua história, pois o direito não era criado apenas pelas decisões judiciais, mas também pela prática social e pelos costumes que acabavam por criar limites ao Parlamento.⁶⁹

A conclusão a que se chega é que o *common law*, até mesmo em decorrência das características já sublinhadas, é marcadamente uma tradição jurídica voltada aos fatos concretos, ao casuísmo e à prática. Trata-se, por óbvio, de particularidade derivada de sua própria evolução, que sempre deu prevalência ao processo, ao procedimento, à valoração de provas e à forma pela qual se ensina e aprende a ciência jurídica

⁶⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do *civil law* e do *common law*. Quaestio Iuris. vol. 11, nº. 03, Rio de Janeiro, 2018. pp. 1456. Disponível em: <https://www.academia.edu/37337612/As_origens_hist%C3%B3ricas_do_civil Law_e_do_common_Law_The_historical_origins_of_civil_Law_and_common_Law> Acesso em 15/11/2018.

⁶⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 21-22.

⁶⁹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do *civil law* e do *common law*. Quaestio Iuris. vol. 11, nº. 03, Rio de Janeiro, 2018. pp. 1456. Disponível em: <https://www.academia.edu/37337612/As_origens_hist%C3%B3ricas_do_civil Law_e_do_common_Law_The_historical_origins_of_civil_Law_and_common_Law> Acesso em 15/11/2018.

4. UMA APROXIMAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS: A VALORIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA PELO DIREITO BRASILEIRO

4.1. As alterações introduzidas pela EC 45/2004: a busca pelo fortalecimento da jurisprudência

A valorização da jurisprudência não é novidade no Brasil, pois antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o Código de Processo Civil de 1973 já demonstrava essa tendência, sendo objeto de uma série de alterações pontuais que conferiam maior eficácia à jurisprudência consolidada nos tribunais.⁷⁰

O fortalecimento da jurisprudência no processo civil brasileiro se desenhou de forma gradativa e persistente, desde o final do século XX. Nesse sentido ressalta Andre Roque:

Reformas no CPC, em especial no seu art. 557, permitiram substancial incremento dos poderes do relator no âmbito dos tribunais, admitindo-se o julgamento monocrático de recursos sob o fundamento da aplicação da jurisprudência dos tribunais superiores. Anos mais tarde, essa tendência se intensificaria de forma inquestionável, sendo implementados, através de sucessivas reformas na Constituição e no CPC, institutos como a súmula vinculante, a súmula impeditiva de recursos e a sentença liminar de improcedência, todos fundados na invariável perspectiva de valorização da jurisprudência⁷¹.

Nessa linha, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004 já previa, além da súmula vinculante, a possibilidade de atribuição de efeitos vinculantes às decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade.

Em sede infraconstitucional, editou-se a Lei nº 11.418/2006, que regulamentou a exigência, estabelecida pela EC 45/2004, de “repercussão geral” como requisito necessário ao conhecimento do recurso extraordinário. Determinou-se que tal requisito estaria presente quando existissem questões relevantes do ponto de vista econômico, social ou jurídico, que

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. Revista da AGU, v.15, n.3, 2016.

⁷¹ ROQUE, Andre Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). Novas tendências do processo civil. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 247-263. Disponível em http://www.giselewelsch.com.br/blog/artigo-dever-de-motivacao-das-decisoes-judiciais-e-controle-da-jurisprudencia-no-novo-cpc-de-andre-vasconcelos-roque/16#_ftn6. Acesso em 19/11/2018.

ultrapassassem os interesses subjetivos da causa. Igualmente, haveria a repercussão geral quando o acórdão contrariasse preceitos sumulados ou entendimentos consolidados na Corte Constitucional⁷².

Essa mesma lei criou um procedimento especial para o julgamento de recursos extraordinários repetitivos, que consistia na técnica de julgamento por amostragem prevista no art. 543-B, §3º, CPC/1973. Nesse procedimento, quando houvessem múltiplos recursos em que a mesma questão fosse discutida, um ou mais recursos representativos seriam selecionados para a obtenção de uma decisão-paradigma, cuja tese jurídica seria aplicada aos demais casos que envolvessem idêntica controvérsia.⁷³ Posteriormente, tal técnica foi replicada para recursos especiais apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça e para recursos de revista julgados no Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Lei 11.672/2008 (acrescentando o art. 543-C ao CPC/73) e da Lei 13.015/2014 (CLT, arts. 896-B e 896-C), respectivamente.

A lei 11.417/2006 regulamentou uma das principais inovações da EC 45/2004, a súmula vinculante, através da qual se permitiu que o Supremo Tribunal Federal consolidasse o seu entendimento a respeito de determinada questão constitucional, para fins de vincular todos os órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário⁷⁴.

A lei 11.277/06 incluiu o art. 285-A ao CPC/1973, que previa a improcedência liminar do pedido, voltada à resolução de demandas repetitivas e improcedentes de plano em determinado juízo⁷⁵.

⁷² ROQUE, Andre Vasconcelos. Da “objetivação do recurso extraordinário” à valorização da jurisprudência. In: Processo Constitucional. Coordenador: FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 440-441.

⁷³ “Para que a técnica de julgamento de um paradigma funcione de forma adequada, é preciso que, sempre que possível, os recursos selecionados abordem a controvérsia em tantas perspectivas argumentativas quantas forem possíveis. Infelizmente, entretanto, a regulamentação do instituto não parece ser a mais adequada, porque o art. 543-B, §1, do CPC estabelece que a seleção dos recursos representativos incumbirá ao tribunal de origem. O tribunal inferior, todavia, pode não ter recursos que reflitam a perspectiva argumentativa em nível nacional, mas apenas local. Além disso, um tribunal local que, ocasionalmente, processe as causas de forma mais célere provavelmente irá encaminhar os recursos representativos ao Supremo Tribunal Federal antes dos demais, o que fará com que o debate constitucional se reduza à perspectiva dos advogados e dos juízes de determinada região do Brasil.” vide ROQUE, Andre Vasconcelos. Da “objetivação do recurso extraordinário” à valorização da jurisprudência. In: Processo Constitucional. Coordenador: FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 440-441.

⁷⁴ ROQUE, Andre Vasconcelos. Da “objetivação do recurso extraordinário” à valorização da jurisprudência. In: Processo Constitucional. Coordenador: FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2013. P. 437-440.

⁷⁵ ROQUE, Andre Vasconcelos. Improcedência liminar no novo CPC: mesmo nome, diferentes veículos. Jota, publicado em 9.5.2016, disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/novo-cpc/improcedencia-liminar-no-novo-cpc-mesmo-nome-diferentes-veiculos-09052016> Acessado em 18/10/2018.

Pode-se perceber que todas essas mudanças já indicavam uma busca pelo fortalecimento da jurisprudência, que ganhou ainda mais força com a promulgação do Novo Código, que trouxe para o direito brasileiro um verdadeiro sistema de padronização decisória, composto pelos seguintes institutos: recursos repetitivos, incidente de assunção de competência; incidente de resolução de demandas repetitivas e a reclamação.

4.2. A criação de um sistema de formação de precedentes vinculantes pelo CPC/2015: uma análise crítica sobre a formação e aplicação dos padrões decisórios

Dando sequência às reformas processuais delineadas no item anterior, o novo diploma processual trouxe como uma de suas novidades algumas técnicas de formação e aplicação de precedentes, que formam um verdadeiro sistema de padronização decisória, ao determinar em seu artigo 926, que os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente⁷⁶.

Para tanto, a nova legislação instituiu um dever aos tribunais de uniformizarem a sua jurisprudência, conferindo uma espécie de efeito vinculante instantâneo às hipóteses colimadas do art. 927 do NCPC⁷⁷.

⁷⁶ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acessado em 12/10/2018.

⁷⁷ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

É fundamental esclarecer, desde logo, que essa sistemática em muito se diferencia daquela existente na Inglaterra, berço da doutrina dos precedentes judiciais. Como visto, nos países filiados ao *common law*, a vinculação aos precedentes se desenvolveu ao longo do tempo, conforme a mudança da forma de atuação dos órgãos jurisdicionais, sem precisar de uma lei determinando a sua obrigatoriedade. Nesses países, um precedente nunca nasce desde sempre precedente, tornando-se precedente somente depois de sua aceitação pelas partes e, em seguida, pelas instâncias inferiores do Judiciário. Caso a decisão tenha coerência, integridade e racionalidade suficientes para ser o ponto de partida para a discussão de teses jurídicas, ela pode vir a se tornar padrão decisório, e com o tempo poderá se tornar precedente, diferentemente do sistema implantado pelo Novo CPC, no qual “os provimentos mencionados pelo art. 927 já nascem dotados de efeito vinculante independentemente de sua qualidade, integridade, coerência e adequação linear”⁷⁸

Por essa razão alguns autores defendem que o CPC/15 não institui um sistema de precedentes legítimo. Nesse sentido, Lenio Streck e Georges Abboud afirmam que o Novo Código de Processo Civil não instituiu um sistema de precedentes genuíno, mas sim criou “provimentos judiciais vinculantes, cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva” com o objetivo de oferecer respostas antes das perguntas, chamando-os de “jaboticaba”, em referência à fruta que não pode ser encontrada em nenhum outro lugar do mundo⁷⁹.

Os mesmos autores dizem que os artigos 926 e seguintes do CPC/15 são uma espécie de “jeitinho brasileiro” para lidar com a litigiosidade repetitiva, pois estruturam padrões decisórios de forma verticalizada e impositiva pelos Tribunais Superiores, sem qualquer proximidade com um sistema de precedentes genuíno.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acessado em 12/10/2018.

⁷⁸ SCALIONI, Fernando Gualberto; NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. Apontamentos críticos ao peculiar sistema de padronização decisória instituído pelo novo CPC. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI280801.81042Apontamentos+criticos+ao+peculiar+sistema+de+padronizacao+decisoria>>. Acesso em 24/10/2018.

⁷⁹ STRECK, Lênio Luiz; ABBoud, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistemasic-precedentes-cpc>>. Acesso em 24/10/2018.

No sistema de precedentes do *common law*, o precedente ao invés de ser um meio simplificador de decisões - como vem ocorrendo no Brasil-, nada mais é do que o ponto de partida para a discussão das teses jurídicas pelas partes, inaugurando o debate jurídico para a formação da decisão vinculante. Torna-se o padrão decisório para casos similares se, e somente se, apresentar coerência, integridade e racionalidade suficientes para, com o tempo, amadurecimento e sucessivas aplicações, passar a ser tomado como referencial vinculativo pelos Tribunais. Nesse sentido afirmam Alexandre Bahia e Diogo Silva que “É bastante claro (ao menos na *common law* não há dúvidas) que os precedentes significam o princípio e não o fechamento da discussão trazida a juízo”⁸⁰.

O sistema de padronização decisória instituído pelo CPC parece preocupar-se apenas com a resolução quantitativa das demandas seriais, deixando de lado o grau de qualidade destas. Como sustenta Dierle Nunes, a implantação desse sistema de padronização decisória no direito brasileiro foi responsável pela supressão de direitos e aumento demasiado do poder Judiciário⁸¹.

O referido autor também defende que ocorre uma ampliação intencional do âmbito de aplicabilidade das decisões judiciais, para que o Judiciário no menor número de vezes possível tenha que se aprofundar na análise de questões similares, “tornando-se mais eficiente quantitativamente através do estabelecimento de padrões a serem seguidos nos casos idênticos subsequentes”⁸².

No mesmo sentido, alguns autores destacam que “a jurisprudência defensiva se esforça para, logo, formatar um enunciado de súmula (ou similar) a fim de se encerrar o debate sobre o tema”⁸³, o que, além de empobrecer a prestação jurisdicional e, diversas vezes, promover injustiças, provoca ainda uma verdadeira descredibilização do próprio sistema de padrões decisórios.

⁸⁰ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e. O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais, p. 52

⁸¹ NUNES, Dierle. “Problemas para o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público, o processualismo constitucional democrático e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória”. JAYME, Fernando Gonzaga et al (Cord.). Processo Civil - Novas Tendências: Homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.[s/p]

⁸² NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 79, n. 2, p. 118-144, abr./jun. 2013. Disponível em <http://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/4765/1/ARTIGO_Forma%C3%A7%C3%A3oAplica%C3%A7%C3%A3oDireito.pdf> Acesso em 22/10/2018.

⁸³ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC - Fundamentos e sistematização. 2ª Ed., ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 337.

Como destaca Humberto Theodoro Jr, “é cada vez mais corrente o uso de ementas e enunciados de súmula completamente dissociados do caso concreto que lhes deu fundamento, como se fossem normas gerais e abstratas que se desligariam, como a lei, de seus fundamentos originalistas”⁸⁴. Tal prática tem transformado padrões decisórios superficiais em fórmulas genéricas aplicáveis a toda e qualquer demanda, independentemente das circunstâncias e peculiaridades fáticas do caso concreto analisado.

Nesse mesmo sentido, Andre Roque explicita que “Enunciados de súmula e precedentes são costumeiramente invocados de forma abstrata, desconectados com as questões e circunstâncias que lhe deram origem, algo muito diferente do que ocorre nos países de *common law*.”⁸⁵

Em pesquisa divulgada na obra “levando os padrões decisórios a sério”, produzida por Alexandre Câmara, cujo objetivo era a busca por acórdãos que continham o termo “precedentes” no STF, foram encontrados diversos julgados de quase todos os Ministros, que possuíam apenas a mera transcrição de ementa, com a indicação de números de outros processos, sem qualquer explicitação de quais teriam sido os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*) de tais decisões ou a demonstração de que estas seriam de adequada aplicação no caso concreto que estava a ser decidido.⁸⁶ A conclusão que se obteve foi no sentido de que caso não se passe a utilizar técnicas adequadas ao emprego de padrões decisórios, esse sistema poderá “tornar-se elemento integrante de uma prática forense inconstitucional, já que incompatível com o modelo constitucional de processo civil brasileiro”⁸⁷

Essa sistemática acaba por gerar uma redução na complexidade em torno das discussões das teses jurídicas levantadas pelas partes, pois mediante o julgamento de um único caso, sem um contraditório dinâmico como garantia de influência e não surpresa para sua formação, o tribunal forma um julgado que se aplicará a todos os casos idênticos. Isso ocasiona o

⁸⁴ THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC - Fundamentos e sistematização. 2ª Ed., ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 337.

⁸⁵ ROQUE, Andre Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). Novas tendências do processo civil. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 247-263. Disponível em http://www.giselewelsch.com.br/blog/artigo-dever-de-motivacao-das-decisoes-judiciais-e-controle-da-jurisprudencia-no-novo-cpc-de-andre-vasconcelos-roque/16#_ftn6. Acesso em 19/11/2018.

⁸⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 149.

⁸⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 170.

engessamento do Direito, decorrente da própria cultura que hoje impera nas Cortes Superiores brasileiras, qual seja, a de que uma vez decidida uma questão, termina-se a discussão em torno dela.

Dierle Nunes ao afirmar que falta uma formulação mais robusta sobre o papel dos precedentes, sugere que:

Se a proposta é que eles sirvam para indicar aos órgãos judiciários qual o entendimento “correto”, deve-se atentar que o uso de um precedente apenas pode se dar fazendo-se comparação entre os casos – entre as hipóteses fáticas –, de forma que se possa aplicar o caso anterior ao novo. Isso vale para as súmulas, é dizer, o sentido destas apenas pode ser dado quando vinculadas aos casos que lhe deram origem. Quando o STJ editou a Súmula nº 309, por exemplo, ela não refletia o entendimento dominante dos casos que lhe deram origem. No HC 53.068 (STJ, 2ª Seção, j. 22.03.06), a Relatora, Minª Nancy Andrighi, mostrou que dos dez precedentes citados para formar a Súmula, apenas três se adequavam à redação dada àquela razão pela qual a Ministra pediu a alteração do texto do enunciado, o que foi aceito⁸⁸.

Não se defende aqui a implantação de um sistema de precedentes próprio do *common law* com todas as suas características, até porque este não poderia mesmo ser implantado por simples edição de lei.

Mas é certo que uma decisão judicial só poderá ser reconhecida como precedente vinculante “se for o resultado de um processo no qual se tenha observado, de forma plena, o plexo de garantias constitucionais do processo que se convencionou chamar de modelo constitucional de processo”⁸⁹, principalmente no que diz respeito ao princípio do contraditório e, como seu corolário, o modelo participativo de processo⁹⁰.

O novo modelo constitucional de processo é formado por uma série de princípios voltados a estabelecer o modo como o processo deve ser desenvolvido. Dentre eles, alguns são de fundamental importância tanto na construção, quanto na aplicação de um padrão decisório, como por exemplo o princípio do devido processo legal, da igualdade, do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais. Nesse sentido afirma Câmara:

⁸⁸ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 79, n. 2, p. 118-144, abr./jun. 2013. Disponível em <http://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/4765/1/ARTIGO_Forma%C3%A7%C3%A3oAplica%C3%A7%C3%A3oDireito.pdf> Acesso em 22/10/2018.

⁸⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 8.

⁹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 8.

(...) a legitimidade constitucional da eficácia vinculante de alguns padrões decisórios depende da rigorosa observância desse modelo, o qual impõe um processo participativo que permita a atuação em contraditório efetivo e dinâmico das partes e a atuação dos juízes na deliberação que resultará na formação do padrão decisório, a qual deverá receber uma especial fundamentação, o mesmo raciocínio se aplicando aos casos de distinção ou superação dos padrões decisórios. E é preciso aqui afirmar que o controle da formação e da aplicação desses padrões decisórios se dá por meio da plena observância do processo constitucional.⁹¹

O contraditório é tido, atualmente, como um dos princípios mais importantes do Direito Processual Civil e consiste, em sua acepção mais básica, “que ninguém deve ser atingido em sua esfera de interesses por uma decisão judicial em processo no qual não teve a oportunidade de se manifestar.”⁹²

Esse princípio, no entanto, nem sempre teve a importância que hoje lhe conferem a Constituição, a lei e, sobretudo, a doutrina⁹³. Modernamente se tem visto no contraditório mais do que uma garantia meramente formal, reconhece-se a existência de uma garantia substancial do contraditório, compreendido como um direito de participação com influência na formação do resultado do processo e garantia de não surpresa.

O princípio do contraditório, na verdade, é integrante do próprio conceito de processo⁹⁴, razão pela qual merece destaque em relação aos demais princípios constitucionais. Tal princípio, segundo Fredie Didier Jr., “é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório”⁹⁵. Embora exista uma certa dificuldade em separá-lo da ampla defesa, ambos assegurados no art. 5º, LV, CF/1988, a doutrina contemporânea tem estabelecido uma distinção no sentido de que “o contraditório se relaciona a um aspecto mais estrutural e objetivo do processo, atinente à possibilidade de participação das partes no processo como fator de sua

⁹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 69.

⁹² ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: Evolução, impactos no Processo Civil e restrições. Revista dos Tribunais, 2018. [s/p] Disponível em: https://www.academia.edu/36446489/Contraditorio_participativo.pdf Acessado em 22/11/2018

⁹³ Sobre a evolução histórica do contraditório, https://www.academia.edu/36446489/Contraditorio_participativo.pdf

⁹⁴ Essa ideia é sustentada por Fazzalari, para quem o processo é o procedimento realizado em contraditório. FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo. Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1986, p. 833. v.35.

⁹⁵ DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 56 e 178.

legitimação democrática”⁹⁶, enquanto que a “ampla defesa se relaciona com a defesa técnica em juízo, com a concretização do ideal projetado pelo contraditório no processo”⁹⁷.

Com base na diferenciação entre o contraditório e a ampla defesa, Andre Roque sustenta a existência de dois fundamentos principais do contraditório, quais sejam: a legitimação democrática do exercício da jurisdição, através da possibilidade de participação das partes no resultado do processo, “o que constitui um corolário do Estado Democrático de Direito, que não se satisfaz com a simples submissão do Estado à lei, exigindo que todo exercício de poder seja amparado pela legitimação democrática”; e a “garantia das partes contra o risco de arbítrio judicial”. Concluindo que o contraditório possui “uma função humanitária e de grande legitimação política no processo.”⁹⁸

Nesse sentido, sustenta Araken de Assis que a participação das partes deve ser entendida como algo mais abrangente que o contraditório estritamente processual, resumido na ciência dos atos processuais às partes (informação) e na possibilidade de sua participação(reação), devendo ser assegurado “o contraditório substancial, o qual exige que as partes tenham a possibilidade real de influir na decisão e que o julgador considere, em seu provimento, todos os aportes fáticos e jurídicos submetidos pelas partes ao debate processual.”⁹⁹ Assim, como explica Andre Roque:

“Não basta que as partes tenham assegurada a possibilidade de participação formal no processo, é fundamental que o juiz leve em consideração os argumentos trazidos pelas partes. Sob perspectiva inversa, às partes é conferido o direito de influenciar na construção da decisão judicial. Somente assim é que o processo se legitima como instrumento democrático de exercício da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito.”¹⁰⁰

⁹⁶ ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: Evolução, impactos no Processo Civil e restrições. Revista dos Tribunais, 2018. [s/p] Disponível em: https://www.academia.edu/36446489/Contraditorio_participativo.pdf Acessado em 22/11/2018

⁹⁷ ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: Evolução, impactos no Processo Civil e restrições. Revista dos Tribunais, 2018. [s/p] Disponível em: https://www.academia.edu/36446489/Contraditorio_participativo.pdf Acessado em 22/11/2018

⁹⁸ ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: Evolução, impactos no Processo Civil e restrições. Revista dos Tribunais, 2018. [s/p] Disponível em: https://www.academia.edu/36446489/Contraditorio_participativo.pdf Acessado em 22/11/2018

⁹⁹ ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: Evolução, impactos no Processo Civil e restrições. Revista dos Tribunais, 2018. [s/p] Disponível em: https://www.academia.edu/36446489/Contraditorio_participativo.pdf Acessado em 22/11/2018 e ASSIS, Araken de. Processo civil brasileiro. São Paulo: Ed. RT, 2015. V. I. p. 415.

¹⁰⁰ ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: Evolução, impactos no Processo Civil e restrições. Revista dos Tribunais, 2018. [s/p] Disponível em: https://www.academia.edu/36446489/Contraditorio_participativo.pdf Acessado em 22/11/2018

Fredie Didier Jr. sinaliza que não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo, não sendo suficiente para que a efetivação do contraditório, tendo em vista que “É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do órgão jurisdicional”.¹⁰¹

Além disso, essa valorização do contraditório, com a atribuição de um viés participativo, tem com mais uma de suas consequências a vedação das chamadas “discussões surpresa” ou de terceira via¹⁰², prevista nas legislações austríaca, portuguesa, francesa, italiana e, agora com o CPC/2015, também na brasileira, conforme o disposto em seu art. 10.¹⁰³ Tal circunstância, segundo Andre Roque, consiste na proibição de que:

“O juiz não pode surpreender as partes com algum fundamento não submetido ao debate processual, com perspectiva sobre a qual os demais sujeitos do processo não tiveram a oportunidade de se manifestar. Isso porque, se o contraditório hoje exige que as partes tenham a possibilidade de influir na construção da decisão, a elaboração de uma nova perspectiva argumentativa solitariamente pelo juiz significa negar às partes qualquer possibilidade de influência, inclusive para demonstrarem, eventualmente, o equívoco de tal raciocínio.

Apesar disso, o mesmo autor, trouxe uma experiência pessoal como um exemplo claro de violação a essa regra. Nas suas palavras:

Em uma determinada apelação, interposta em embargos à execução, discutia-se a autenticidade da assinatura no título executivo extrajudicial atribuída ao executado. Após ampla e complexa prova pericial, com a sentença de procedência dos embargos, foi interposta apelação pelo exequente, na qual se esclareceu a razão social da pessoa jurídica recorrente, por motivo de incorporação societária. A apelação foi recebida – ainda estava em vigor o CPC/1973 (LGL\1973\5) – e remetida ao Tribunal de Justiça. O relator, sem qualquer sobressalto, lançou o relatório, encaminhou os autos ao revisor e este pediu dia para julgamento. Na sessão, após sustentação oral de apelante e apelado, ainda sobre a autenticidade das assinaturas, o relator, para a surpresa de todos, votou por não conhecer da apelação, sob o fundamento (questionável) de que o apelante falhou em não instaurar incidente de alienação da coisa litigiosa, em vez de simplesmente interpor a apelação pela pessoa jurídica incorporadora. Revisor e vogal acompanharam o voto, diante dos olhares perplexos dos advogados de ambas as partes...¹⁰⁴

¹⁰¹ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 79.

¹⁰² ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: Evolução, impactos no Processo Civil e restrições. Revista dos Tribunais, 2018. [s/p] Disponível em: https://www.academia.edu/36446489/Contraditorio_participativo.pdf Acessado em 22/11/2018

¹⁰³ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 22/10/2018.

¹⁰⁴ ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: Evolução, impactos no Processo Civil e restrições. Revista dos Tribunais, 2018. [s/p] Disponível em: https://www.academia.edu/36446489/Contraditorio_participativo.pdf Acessado em 22/11/2018

Por esse motivo, a vedação à decisão-surpresa deve ser aplicada em todas as fases do processo, não se restringindo apenas ao primeiro grau, conforme previsão do art. 933 do CPC/2015, que obriga o relator, quando se depara com um fato ou uma questão não submetida ao debate processual, a intimar as partes para que se manifestem no prazo de cinco dias. Se tal constatação ocorrer na própria sessão de julgamento, esta será suspensa para que as partes possam se manifestar especificamente, nos termos do art. 933, § 1º, do CPC/2015.

Isso não quer dizer, no entanto, que o juiz não possa conhecer de determinadas matérias de ofício, como no art. 485, § 3º, do CPC/2015 (que traz a possibilidade de o juiz conhecer de ofício de pressupostos processuais, perempção, litispendência, coisa julgada, condições da ação e intransmissibilidade da ação da parte que faleceu)¹⁰⁵. De acordo com Andre Roque, conhecer de ofício “não é suprimir o debate no processo, mas simplesmente ter a iniciativa do debate, ou seja, tratando-se de matéria cognoscível de ofício, o juiz poderá, por sua iniciativa, instaurar o contraditório sobre a questão, instando as partes a se manifestarem.”¹⁰⁶ Uma coisa é o juiz poder conhecer de ofício, sem necessitar de provocação das partes. Outra coisa, bem diferente por sinal, é permitir que o órgão jurisdicional atue sem ouvir previamente as partes. Poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem ouvir as partes, que não lhe é permitido.¹⁰⁷ O que não se permite, portanto, é que o magistrado suscite de ofício algum tema sem qualquer discussão processual sobre ele e já tome uma decisão, hipótese na qual terá ocorrido a violação do contraditório. Isso porque, o processo não pode mais ser encarado, como se dava até a primeira metade do século XIX, como coisa das partes (*Sache der Parteien*, como diriam os alemães). De acordo com Andre Roque:

O Estado Democrático de Direito já não se satisfaz com um processo excessivamente liberal-dispositivo, ante os fins publicísticos do processo e da função jurisdicional, como enfatizado por Dinamarco, a explicitar os fins sociais (pacificar com justiça), jurídicos (fazer valer a vontade concreta do direito) e políticos (reafirmar a autoridade do Estado) da jurisdição. Além disso, o processo de corte liberal é também um reprodutor, no exercício da função jurisdicional, das desigualdades na sociedade. (...). Por outro lado, um processo fortemente inquisitório também não satisfaz a sociedade contemporânea, que anseia por participar do exercício do poder. Em um processo amplamente inquisitório, corre-se o risco de se recair no arbítrio judicial, no enfraquecimento das garantias fundamentais do processo e até mesmo na quebra da imparcialidade decorrente da ânsia de superar no processo eventual desigualdade

¹⁰⁵ ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: Evolução, impactos no Processo Civil e restrições. Revista dos Tribunais, 2018. [s/p] Disponível em: https://www.academia.edu/36446489/Contraditorio_participativo.pdf Acessado em 22/11/2018

¹⁰⁶ ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: Evolução, impactos no Processo Civil e restrições. Revista dos Tribunais, 2018. [s/p] Disponível em: https://www.academia.edu/36446489/Contraditorio_participativo.pdf Acessado em 22/11/2018

¹⁰⁷ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, p. 81.

social, econômica ou política das partes. Ademais, como enfatizado por autores norte-americanos e, no Brasil, por Dierle Nunes e Lúcio Delfino, há o risco de ancoramento cognitivo do juiz, decorrente de algum preconceito inconsciente de aproveitamento ao trabalho realizado (confirmativebias) – como são evidências os casos em que o juiz que concedeu liminar inaudita altera parte, em que dificilmente há mudança de entendimento, mesmo após ampla cognição exaustiva, ou da contaminação do magistrado com eventuais provas excluídas do processo por ilicitude. Ainda nesse aspecto, de ancoramento cognitivo, não se deve perder de vista a observação de Carlos Maximiliano, que destacava que os juízes tinham propensão a enfatizar nos precedentes sempre os argumentos que reforçavam suas próprias conclusões, relegando a aspectos secundários outras considerações nesses mesmos precedentes que pudessem conduzir a entendimento distinto. Embora antiga, essa é uma preocupação que ganha atualidade no CPC/2015, com o fortalecimento dos precedentes, como se depreende especialmente de seus arts. 926 e 927.¹⁰⁸

Em razão da insuficiência desses dois modelos, desenvolveu-se a noção de processo cooperativo, prevista no art. 6º do CPC/2015, “que coloca a tônica da divisão de trabalho no diálogo entre todos os sujeitos do processo.”¹⁰⁹ Nessa linha, ressalta Andre Roque que, o processo contemporâneo estrutura-se em uma “comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*), em que todos os sujeitos podem e devem contribuir para o exercício da função jurisdicional.” Nesse modelo, as partes não detêm a primazia dos direitos e faculdades processuais (como no modelo dispositivo), nem o juiz concentra os poderes em suas mãos (como no modelo inquisitório). Há nessa nova realidade processual, “verdadeiro policentrismo processual (Nicola Picardi)”, pois o juiz fica no mesmo plano das partes para o debate processual e acima delas somente no momento em que toma sua decisão, como o ato final de exercício do poder jurisdicional.

Didier explica que essa ideia de processo cooperativo se trata de um terceiro modelo de processo, em contraposição ao modelo inquisitorial e ao modelo adversarial. Segundo ele:

(...) o modelo adversarial assume a forma de competição ou disputa, desenvolvendo-se como um conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é decidir o caso. O modelo inquisitorial (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo. No primeiro sistema, a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes; no segundo, cabe ao órgão judicial esse protagonismo.¹¹⁰

¹⁰⁸ ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: Evolução, impactos no Processo Civil e restrições. Revista dos Tribunais, 2018. [s/p] Disponível em: https://www.academia.edu/36446489/Contraditorio_participativo.pdf Acessado em 22/11/2018

¹⁰⁹ ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: Evolução, impactos no Processo Civil e restrições. Revista dos Tribunais, 2018. [s/p] Disponível em: https://www.academia.edu/36446489/Contraditorio_participativo.pdf Acessado em 22/11/2018

¹¹⁰ DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 121

Mesmo nesse modelo cooperativo, as partes não necessitam “abrir mão de defender suas posições e não devem ser levadas a abandonar sua conduta parcial em nome de um suposto processo civil do arco-íris da cooperação, como jocosamente apontado por Marcelo Pacheco Machado.”¹¹¹ Sobre tal modelo, Didier sustenta no sentido de que:

Há uma nítida imbricação entre o modelo cooperativo e a exigência de justificação analítica. Uma das decorrências do processo cooperativo é o aumento do diálogo entre os sujeitos processuais, havendo necessidade de revalorização do contraditório, saindo de um contraditório formal para um contraditório substancial. Isso significa que não basta mais a mera ciência e a possibilidade de manifestação pelos sujeitos processuais. Impõe-se que essas manifestações sejam devidamente levadas em consideração pelos magistrados. Não se admitem mais posições no sentido de que o juiz pode escolher os fundamentos que irá analisar em sua decisão para que ela esteja devidamente justificada. Por mais que caiba ao juiz decidir, havendo o exercício de um efetivo poder jurisdicional, esse poder, em um processo cooperativo, possui um novo condicionamento ao seu exercício, que é justamente a consideração da argumentação dos demais sujeitos processuais. Nesse novo modelo cooperativo, em que o juiz deve ser paritário no diálogo, mas volta a haver a assimetria no momento da decisão, esta passa a ser condicionada à consideração dos argumentos desenvolvidos pelos sujeitos processuais. Ou seja, tem-se uma “assimetria condicionada” a valorização do diálogo ocorrido durante a condução do processo. Essa é, de forma bastante resumida, a fundamentação da exigência de justificação analítica por parte do órgão julgador.¹¹²

Segundo o mesmo autor, os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o nascimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro.¹¹³

O dever de cooperação, de acordo com Miguel Teixeira de Sousa se divide em quatro aspectos para o juiz:

(i) dever de esclarecimento – o juiz deve se inteirar das postulações das partes, de seu conteúdo; além disso deve também proferir decisões claras e coerentes, sob pena de estar a decisão sujeita a embargos de declaração (art. 1022 do CPC/2015 (LGL\2015\1656)); (ii) dever de prevenção – o juiz deve alertar as partes a respeito da eventual deficiência em suas postulações ou de consequências negativas de seus atos processuais; são evidências disso os arts. 321 (dever de dar oportunidade às partes

¹¹¹ ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: Evolução, impactos no Processo Civil e restrições. Revista dos Tribunais, 2018. [s/p] Disponível em: https://www.academia.edu/36446489/Contraditorio_participativo.pdf Acessado em 22/11/2018

¹¹² DIDIER JR., Fredie. O art. 489, §1º do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais – um precedente do STJ. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Edição especial. Ano 3. Número 1- Maio de 2018. Disponível em http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_3.pdf. Acesso em 21/11/2018.

¹¹³ PEREIRA, Maria Juliana Braga. A influência do princípio da cooperação no negócio jurídico com o novo CPC. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5196, 22 set. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59889>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

de emendar a petição inicial – e, no CPC/2015 (LGL\2015\1656), exige-se que o juiz indique explicitamente o que deve ser corrigido ou completado) e 772, inciso II (advertência pelo juiz ao executado de que seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça); (iii) dever de auxílio – deve o juiz romper eventual obstáculo ao exercício do contraditório pela parte, como são exemplos a distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º, do CPC/2015 (LGL\2015\1656)) e a ampliação de prazos (art. 139, VI, do CPC/2015 (LGL\2015\1656)); e (iv) dever de consulta – segundo o qual o juiz está obrigado a consultar as partes sobre eventual argumento não submetido ao debate processual, ainda que se trate de matéria cognoscível de ofício, o que se identifica com a vedação às decisões-surpresa, já examinada no item anterior.

Padrões decisórios também devem ser construídos de modo a respeitar o princípio da igualdade. Teses preexistentes não podem ser aplicadas de forma aleatória em hipóteses de situações “semelhantes” sem levar em consideração as questões próprias do caso a ser decidido e o paradigma. Partindo desta premissa, “padrões decisórios não podem levar simplesmente a uma formação “automática” de decisões, com mera reprodução, em um pronunciamento, de fundamentos empregados para a resolução de outro caso. ”¹¹⁴ O padrão decisório deve ser um ponto de partida, e apenas a partir dele deve ser iniciada a construção da decisão de um novo caso.

O princípio da fundamentação das decisões judiciais constitui, da mesma forma, exigência direta da necessidade de que, no Estado Democrático de Direito, existam meios eficazes de controle dos atos de poder, dos quais também fazem parte os pronunciamentos jurisdicionais. Por isso, para que decisões judiciais sejam produzidas em um devido processo constitucional, elas necessariamente precisam também ser justificadas.¹¹⁵ Tal fundamentação deve ser substancial, sendo incompatíveis pronunciamentos judiciais apenas formalmente fundamentados, como ocorre, por exemplo, em pronunciamentos “como “presentes os requisitos, defere-se a medida postulada” (ou, ao contrário, “ausentes os requisitos, indefere-se a medida pleiteada”) ”¹¹⁶.

Voltado a construção de uma “cultura da fundamentação substancial”, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 estabelece, em seu art. 489, § 1º, que não será fundamentado qualquer ato judicial com conteúdo decisório, seja ele uma decisão interlocutória, sentença ou

¹¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 72.

¹¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 79.

¹¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 79.

acórdão que, embora contenha motivação em seu aspecto formal, não preencha os requisitos de seus incisos.¹¹⁷

Tal dispositivo viabiliza a ligação entre o princípio da fundamentação das decisões judiciais e o desenvolvimento de um sistema de construção de decisões a partir de precedentes ou outros padrões decisórios. O que confirma que o Novo diploma processual não busca a celeridade a todo custo, preocupando-se também com a melhora da qualidade da prestação jurisdicional.

O vício de fundamentação ocorrerá quando a decisão “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”¹¹⁸.

Além disso, este vício também se dará quando a decisão deixa de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção (*distinguishing*) no caso em julgamento ou a superação (*overruling*) do entendimento. Essa circunstância demonstra que os precedentes invocados pelas partes ao longo do processo também devem ser levados em consideração na elaboração da decisão final.

Ressalta-se que a fundamentação, não deve se restringir apenas às decisões judiciais, pois as manifestações dos demais sujeitos processuais se concretizam em postulações tão problemáticas quanto as decisões judiciais. Nesse sentido, Didier defende que:

Do mesmo jeito que são muitas as críticas às decisões judiciais, ora por apenas citarem determinado dispositivo legal sem a devida justificativa de sua relação com o caso concreto, ora por serem tão genéricas, que se prestariam a justificar qualquer outra, não se pode ignorar que muitos desses problemas não são exclusivos da atuação do

¹¹⁷ § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
 II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
 III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
 IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
 V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
 VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Vide http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 20/10/2018.

¹¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 61.

órgão jurisdicional. Igualmente, as manifestações dos demais sujeitos processuais se concretizam em postulações tão problemáticas quanto as criticadas decisões judiciais. Tal postura não está de acordo com o modelo de processo cooperativo, que tem por objetivo, dentre outros, justamente evitar que os processos se pautem por monólogos, para ser efetivamente dialético. Ocorre que, se as manifestações das partes são completamente genéricas, não parece possível se exigir uma decisão específica, inclusive porque provavelmente o juiz sequer terá condições de vislumbrar efetivamente o que ocorreu naquele caso concreto.

O princípio do contraditório, portanto, constitui elemento essencial à formação da decisão, porque esta produzirá efeitos (como precedente) sobre pessoas que não terão participado diretamente do procedimento de sua produção, não tendo podido exercer pessoalmente qualquer poder de influência na sua construção.

Segundo a moderna concepção, esse princípio, deve ser entendido como uma exigência de consagrar formas adequadas de participação ou de colaboração dinâmica das partes no curso de todo o processo, de modo que lhes é sempre concedida, sobre bases paritárias, uma possibilidade efetiva de influir, com sua própria atividade de defesa, na formação do convencimento do juiz (e, portanto, sobre o iter formativo) da decisão jurisdicional.¹¹⁹

O modelo participativo de processo, por fim, exige que todos os seus sujeitos dialoguem incessantemente para que se produza, democraticamente, o resultado final a que se dirige. O debate acerca das matérias fundamentais à lide necessita ser viabilizado na formação do precedente, posto que todo precedente é também uma decisão judicial. Em decorrência disso, a máxima *iura novit cúria* deve ser reinterpretada, para permitir que as partes a influenciem na construção do precedente judicial, “devendo o magistrado, ao se deparar com um tema relevante para o deslinde do feito que não foi objeto de debate processual, antes de julgar utilizando-o, fixar prazo razoável para que os sujeitos da lide se manifestem sobre ele”.¹²⁰

A imputação, por lei (ou pela Constituição) de eficácia vinculante faz com que os precedentes e enunciados de súmula tenham aptidão para alcançar – e vincular, como a própria denominação já mostra – pessoas que não foram partes no processo em que foi proferida a decisão que, em outro processo as vinculará.¹²¹ Daí resulta numa necessidade de compensação

¹¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., p. 121.

¹²⁰ ROMÃO, Pablo Freire; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. Contraditório, Cooperação e Precedente: A ampliação do diálogo processual sob a ótica do Novo Código de Processo Civil. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015. Acesso em 22/11/2018.

¹²¹ CÂMARA, Alexandre. Op. cit., p. 179.

sistêmica, consistente em abrir-se espaço para uma maior participação da sociedade no procedimento de formação desses padrões decisórios dotados de eficácia vinculante.

Com base no que foi dito, percebe-se que há uma exigência de comparticipação ampliada nos processos destinados à formação desses padrões decisórios vinculantes, de modo a permitir a participação de mais sujeitos com possibilidade de influir na formação do resultado final¹²² e com a exigência de uma deliberação mais qualificada pelo órgão jurisdicional

¹²² O CPC/2015, de modo a incentivar e promover a ampliação do contraditório, com a participação da sociedade no processo, trouxe a intervenção do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas (além da oitiva de outros interessados no resultado).

O *amicus curiae*, também conhecido como “amigo da corte” é uma intervenção assistencial realizada por entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Insta salientar, por oportuno, que o amigo da corte não é parte do processo, atuando somente como interessado na causa. Sobre o *amicus curiae*, o ministro Gilmar Mendes, registra que:

"O instituto em questão, de longa tradição no direito americano, visa a um objetivo dos mais relevantes: viabilizar a participação no processo de interessados e afetados pelas decisões tomadas no âmbito do controle de constitucionalidade. Como há facilmente de se perceber, trata-se de medida concretizadora do princípio do pluralismo democrático que rege a ordem constitucional brasileira. Para além disso, o dispositivo em questão acaba por ensejar a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões." MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99 - Revista Diálogo Jurídico, nº 11, fevereiro de 2002, Salvador/BA, Brasil. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI248239,21048Amici+curiae+e+audiencias+publicas+democratizao+da+jurisdicao>. Acesso em 22/11/2018.

Nas audiências públicas, com o intuito de esclarecer questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do STF, são ouvidos especialistas em questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas, pessoas com experiência e autoridade na matéria submetida ao Tribunal. São garantidas na Constituição Federal de 1988 (art. 58, CRFB/88) e reguladas por leis federais, constituições estaduais, leis orgânicas municipais e a lei orgânica do Distrito Federal. Na legislação processual, encontram-se reguladas nos arts. 983 e 1.038, inciso II.

No ordenamento jurídico brasileiro, o *amicus curiae* já era disciplinado, ainda que de maneira exígua, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade nas leis 9868/99 e 9882/99, mas o novo CPC inovou e trouxe um artigo próprio para o instituto. O art. 138 do CPC/2015 tem a seguinte redação:

“Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.” http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm

O *amicus curiae* é permitido no incidente de arguição de inconstitucionalidade, previsto no art. 950, §3º; no incidente de resolução de demandas repetitivas, regulado no art 983; nos recursos extraordinário e especial repetitivos (art. 1.038, I); e na hipótese do art. 927, §2º.

A participação do *amicus curiae* busca legitimar perante a sociedade a decisão judicial que por meio do processo se vai construir, podendo tornar-se precedente (especialmente se dotado de eficácia vinculante). As audiências públicas também desempenham essa função, constituindo em um mecanismo ligado a práticas democráticas, apto a permitir a tomada de decisões com legitimidade e transparência, após a abertura de espaço para que todos aqueles que possam sofrer os reflexos de tais decisões tenham oportunidade de se manifestar, diretamente ou por intermédio de entidades representativas, antes do desfecho do processo decisório.

Esse mesmo raciocínio, por evidente, se aplica a todos os procedimentos de formação de padrões decisórios dotados de eficácia vinculante. Neles, a ampliação subjetiva do contraditório proporcionada pela intervenção de *amicus curiae* e pela realização de audiências públicas assegura não só uma maior qualidade da aplicação do

responsável por prolatar o pronunciamento que servirá como padrão decisório, assim como se exige também um tratamento adequado dos casos em que se tem distinção (*distinguishing*) ou superação (*overruling*) desses padrões, com o incremento do ônus argumentativo das partes e a exigência de fundamentação específica acerca da distinção ou superação.

Por fim, ainda sobre o contraditório participativo, Andre Roque defende que:

(...) não basta ao juiz considerar em seu íntimo a argumentação das partes, deve também explicitar suas razões e, mais do que isso, expor por que motivo rejeitou os argumentos das partes que conduziram à conclusão oposta (art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015 (LGL\2015\1656)). Não é compatível com o contraditório o entendimento de que o juiz não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações das partes, as quais somente podem deixar de ser enfrentadas se por acaso forem impertinentes ou insuscetíveis de levar à conclusão distinta.¹²³

Superadas essas premissas, também é importante pensar em um sistema de precedentes como fator de racionalização das decisões judiciais, retirando-se do exercício de julgar as influências discricionárias e vinculando o julgador à ideia de coerência e integridade, prevista no art. 926, *caput*, do CPC.

Dentro dessa perspectiva, ressalta-se a importância do estudo do direito como integridade, noção esta desenvolvida por Ronald Dworkin, voltada a esclarecer de que forma a manutenção da coerência e da integridade deve se dar na construção das decisões judiciais.

direito, mas amplia a legitimidade constitucional de tais decisões, permitindo que produzam efeitos capazes de alcançar inclusive aqueles que não tenham participado do processo de sua formação. Segundo Câmara, “É de se considerar, pois, que a previsão expressa da possibilidade de intervenção de *amicus curiae* e de realização de audiências públicas nos procedimentos de formação das decisões dos processos de controle concentrado de constitucionalidade, dos enunciados de súmula vinculante, dos julgamentos de casos repetitivos e dos incidentes de assunção de competência (art. 927, I a III, do CPC/2015) legitima, do ponto de vista constitucional – e, portanto, do Estado Democrático de Direito – a atribuição de eficácia vinculante.” CÂMARA, Alexandre. Op. cit., p. 198.

¹²³ ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: Evolução, impactos no Processo Civil e restrições. Revista dos Tribunais, 2018. [s/p] Disponível em: https://www.academia.edu/36446489/Contraditorio_participativo.pdf Acessado em 22/11/2018

5. A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS TAL QUAL UM ROMANCE EM CADEIA: O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Dworkin, ao analisar o sistema de precedentes típico dos países de tradição *common law*, compara a função judicante a uma espécie de gênero literário artificial chamado de “romance em cadeia”, na qual um grupo de romancistas escreve um romance em série; de modo que cada romancista em cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante¹²⁴.

Nesse romance, o autor equipara os juízes aos romancistas para explicar que os magistrados, ao julgarem os casos a partir de uma base coesa de princípios, devem fazê-lo de maneira coerente (isto é, aplicar os mesmos princípios para solução de casos semelhantes)¹²⁵. Nesse sentido, ressalta Streck:

Assim, haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário.¹²⁶

O romance em constante desenvolvimento exige que cada autor, ao escrever um novo capítulo, interprete tudo o que foi escrito até então, tendo a consciência de que está acrescentando um capítulo, e não começando outro.¹²⁷ Desse modo, todos os autores, com exceção daquele que deu início ao romance, têm uma responsabilidade dupla ao interpretar e criar um novo capítulo.

Atentando-se para as decisões judiciais, o autor explica que:

Cada juiz, então, é um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. [...] Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar,

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. O império do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 275/277.

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. Op. cit., p. 271-272.

¹²⁶ STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? Conjur. 2014. [s/p]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>. Acesso em 21/11/2018

¹²⁷ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 236.

segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então¹²⁸.

Na interpretação desse romance, cada juiz deve se considerar um elo da cadeia, que deve se inclinar sobre as declarações de juízes anteriores para determinar o que foi realizado coletivamente, da mesma forma que cada escritor deve formar sua própria opinião sobre o que já foi escrito até então.

O romance em cadeia somente será íntegro e coerente se cada um dos autores tiver a consciência de que se trata de uma obra única, como se fosse de um único escritor e não produto de inúmeros autores.

A exigência de integridade com os capítulos anteriores, no entanto, não exclui a possibilidade de afastar-se de alguns de seus elementos, desde que tais elementos possam ser identificados como erros na direção da melhor obra possível.

Além disso, o direito como integridade exige que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça, equidade e devido processo legal. Nas palavras de Dworkin, "*segundo o Direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade*"¹²⁹.

Nesse sentido, Dworkin ressalta que o Direito como integridade pressupõe que os juízes se encontram em situação muito diversa dos legisladores, pois devem basear suas decisões em princípios e não em política. Por isso, os juízes não devem, em momento algum, fazer escolha entre suas próprias convicções políticas e aquelas que ele considera como as convicções políticas do conjunto da comunidade.

O romance em cadeia pressupõe que o Direito não é um produto pronto e acabado, independente dos juízos morais e interesses políticos. Para Dworkin o julgador não é apenas um aplicador de normas. O romance em cadeia é uma ferramenta importante, que contribui para

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. Uma questão... Op. cit., p. 238.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. Uma questão... Op. cit., p. 219-272.

a construção do Direito, mas que é, ao mesmo tempo, um limite. Por conta desta cadeia de precedentes que precisa observar o passado, presente e futuro, o juiz não pode decidir conforme o seu livre convencimento.¹³⁰

Ainda segundo o autor, em sua metáfora do romance em cadeia “espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível”¹³¹, o que, se aplicado ao Direito, gera o conceito de integridade dos precedentes.

Com base no que foi dito, a conclusão a que se chega é que assim como os romancistas do romance em cadeia, os juízes, ao proferirem julgados, devem considerar as decisões judiciais anteriores com vistas à manutenção da adequação linear do Direito, visando sempre produzir no futuro melhor e mais íntegras decisões, imputando um caráter de continuidade, de integridade e de ganho de qualidade ao Direito.

¹³⁰ No que tange à valoração da prova realizada pelo juiz, com o advento do novo cpc, surgiu na doutrina brasileira uma polêmica acerca da abolição ou não do livre convencimento. Isso porque, após a supressão do termo “livremente” no art. 371 do CPC/2015 (antigo art. 131 do CPC/1973, que continha a expressão absorvida pelo seu sucessor), uma parte da doutrina entende que o juiz não tem mais discricionariedade em relação à prova, como por exemplo Lênio Streck, Câmara e José Miguel Garcia Medina (no livro Novo CPC aplicado: visto por processualistas dos autores Teresa Arruda Alvim, Mirna Cianci e Lúcio Delfino vide ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lúcio. Novo CPC aplicado visto por processualistas / coordenadores Teresa Arruda Alvim, Mirna Cianci, Lucio Delfino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017), outra parte, como Fernando da Fonseca Gajardoni, defende que o livre convencimento motivado não foi abolido, pois o fato de “não haver no sistema uma norma expressa indicativa de ser livre o juiz para, mediante fundamentação idônea, apreciar a prova, não significa que o princípio secular do direito brasileiro deixou de existir.” Vide GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. Jota, publicado em 06.04.2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>. Acesso em 22/11/2018.

¹³¹ DWORKIN, Ronald. O império .. Op. cit. p. 275/277.

6. OS ELEMENTOS ATINENTES À FORMAÇÃO E A DINÂMICA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS: A *RATIO DECIDENDI* E O *OBTER DICTUM*; O DISTINGUISHING E O OVERRULING

Em um sistema de precedentes obrigatórios, os tribunais e juízes ao decidirem um caso concreto, devem fundamentar a sua decisão em uma decisão anterior ou então, em uma jurisprudência de um tribunal superior¹³². Para tanto, devem ser separadas as duas partes fundamentais da decisão: a sua *ratio decidendi* e a *obter dictum*.

Esta distinção pode ser difícil de ser estabelecida na prática, mas é fundamental, tendo em vista que apenas por meio da referência direta aos fatos da causa seja possível determinar qual é a razão jurídica efetiva da decisão, ou seja, a *ratio* que pode ter eficácia de precedente.

Segundo Patrícia Perrone Campos Mello: “O *holding* ou *ratio decidendi* constitui a norma extraída do caso concreto que vincula os tribunais inferiores. ”¹³³ Tratando-se de uma das noções mais importantes para a operação com julgados normativos e, paradoxalmente, uma das mais controvertidas.

Nesse mesmo sentido, afirma Bustamante que a noção de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação talvez sejam os pontos mais polêmicos da teoria dos precedentes e de toda a teoria jurídica produzida no common law.¹³⁴

A *ratio decidendi*, também chamada de *holding* nos Estados Unidos – é de origem latina, e significa “razão de decidir”, é a tese de direito que motivou a decisão sobre os fatos específicos do caso, e *obter dictum*, são todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, não constituem, todavia, parte integrante do fundamento jurídico da decisão.¹³⁵ O valor das *obter dictum* é unicamente um valor de persuasão dependente do prestígio do juiz que se pronunciou, da exatidão da sua análise e de um grande número de

¹³² TUCCI, José Rogério Cruz e Direito processual civil europeu contemporâneo. José Rogério Cruz e Tucci Coordenador. São Paulo: Lex, 2010.p. 223.

¹³³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.118.

¹³⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 259

¹³⁵ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-ejurisprudencia/>>. Acesso em 12/11/2018

circunstâncias, variáveis de caso a caso.¹³⁶ A *ratio decidendi* constitui, por sua vez, “os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão; a opção hermenêutica adotada na sentença, sem a qual a decisão não teria sido proferida como foi”.¹³⁷

Dworkin explica a formação da *ratio* através de uma metáfora, em que compara a atividade jurisdicional com a de um romance em cadeia, em que cada órgão jurisdicional é autor de um capítulo, como tratado no capítulo anterior.

Segundo Fredie Didier Jr., fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviriam de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.¹³⁸

O *distinguishing* é um método de confronto, “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”. Sendo assim, pode-se utilizar o termo “*distinguish*” em duas acepções: (i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish*-método) – como previsto no art. 489, §1º, V e 927, §1º, CPC; (ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish*-resultado), a chamada “distinção”, na forma consagrada no art. 489, §1º, VI, e 927, §1º, CPC.¹³⁹

A distinção ou o *distinguishing* do caso concreto com o precedente trata-se de um dever, e não uma mera faculdade do órgão jurisdicional, a teor do que dispõe o art. 489, §1º, incisos V e VI, do Código de Processo Civil.¹⁴⁰

¹³⁶ R. David, Op. cit., p. 430.

¹³⁷ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, v 2, p. 442.

¹³⁸ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, v 2, p. 491.

¹³⁹ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil. 10. ed. Bahia: JusPodivm, 2015. v 2. P. 491. TUCCI, José Rogério. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corteantaco-es-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>>. Acesso em 22/11/2018.

¹⁴⁰ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

O método de superação ou revogação dos precedentes é chamado de *overruling*. O *overruling* nada mais é do que a técnica adotada pelos Países anglo-saxônicos, de tradição jurídica da *common law*, para revogar ou superar determinado precedente judicial que esteja ultrapassado, que não mais exteriorize o posicionamento daquela corte de justiça.

O *overruling* pode dar-se de duas formas distintas, sendo a primeira delas, de forma difusa, no qual o precedente judicial formado em dado caso anterior, vem a ser superado em um dado caso concreto analisado pelo tribunal posteriormente. Tal técnica, é comumente utilizada nos Países anglo-saxônicos, que adotam a tradição jurídica da *common law*. A segunda forma de *overruling*, pode se dar pelo meio concentrado, no qual é instaurado um procedimento autônomo, a fim de revisar, superar ou revogar determinada tese jurídica já consolidada através de determinado precedente judicial. No Direito Brasileiro, o CPC/2015 permite que a superação ou revogação do precedente judicial seja realizada pelo meio concentrado, a teor do que dispõe o art. 986 da legislação processual.

Como visto, a formação do precedente judicial, e, conseqüentemente, de sua norma jurídica (*ratio decidendi* – parte que vincula) não ocorre de maneira automática. Segundo Lucas Buril Macêdo¹⁴¹, “quanto mais argumentos tenham sido devidamente considerados pelo órgão julgador na formação do precedente judicial, mais provável é que os julgadores subsequentes não se deparem com um novo argumento e, assim, vejam-se obrigados a realizar a sua superação (*overruling*)”. Exige-se, dessa forma, que, para a constituição do precedente judicial vinculante, as questões jurídicas fundamentais do processo sejam efetivamente levadas ao debate, em respeito ao dever de diálogo.¹⁴² Por isso, “A *ratio decidendi* do precedente não será

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm Acesso em 22/11/2018.

¹⁴¹ MACÊDO, Lucas Buril. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 277.

¹⁴² ROMÃO, Pablo Freire; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. Contraditório, Cooperação e Precedente: A ampliação do diálogo processual sob a ótica do Novo Código de Processo Civil. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015. Acesso em 22/11/2018.

definida no momento em que proferida a decisão, mas no momento posterior, pelo juiz que vier aplicá-lo. ”¹⁴³

O magistrado não está autorizado a extrair a norma vinculante do precedente (*ratio decidendi*) e aplicá-la ao caso concreto, por meio de um esquema de subsunção, onde a premissa menor se encaixa na premissa maior. É preciso que o julgador se atente para os argumentos e os precedentes trazidos pelas partes, para que, a partir de suas análises, possa, de maneira fundamentada, decidir se aquele caso em julgamento é distinto ou não do precedente que inicialmente se objetivava aplicar, bem como se este deve ou não ser modificado.

A real influência das partes, no sentido de ver seus argumentos devidamente analisados pelo órgão julgador, possibilita o desenvolvimento de novas cadeias argumentativas nos processos onde se discute a aplicação de certo precedente, tendo em vista que os litigantes podem vir a debater, por exemplo, quanto ao que deve ser considerado como *ratio decidendi* e como *obiter dictum*, influenciando diretamente a sua aplicação, uma vez que somente aquela possui efeitos vinculantes, enquanto estes ostentam apenas força persuasiva.

Esse debate também permite que órgão julgador explore a identidade fática das demandas, o que poderia ocasionar uma distinção entre ambas (*distinguishing*), e, por consequência, a não aplicação do precedente. “A ampliação do diálogo propicia, ainda, discussões acerca da alteração do precedente (*overruling*), bem como da existência de possível antagonismo entre o precedente e algum dispositivo legal ou constitucional.”¹⁴⁴

¹⁴³ ROMÃO, Pablo Freire; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. Contraditório, Cooperação e Precedente: A ampliação do diálogo processual sob a ótica do Novo Código de Processo Civil. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015. Acesso em 22/11/2018.

¹⁴⁴ ROMÃO, Pablo Freire; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. Contraditório, Cooperação e Precedente: A ampliação do diálogo processual sob a ótica do Novo Código de Processo Civil. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015. Acesso em 22/11/2018.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou, na medida do possível, realizar uma análise crítica sobre como vem sendo incorporado o precedente judicial ao direito brasileiro. Para tanto, buscou-se delinear uma estrutura argumentativa e uma linha de raciocínio coesa e didática com os propósitos que o estudo procurou atingir.

Em um primeiro momento, preocupou-se com a análise do contexto histórico da Inglaterra, berço do *common law*. Logo em seguida, abordou-se a forma como surgiu e se desenvolveu a doutrina dos precedentes na Inglaterra. O terceiro capítulo procurou estabelecer algumas diferenças no que tange às fontes do direito, com foco principalmente na jurisprudência, na lei, nos princípios e na doutrina. Depois foi dado maior enfoque às particularidades da *common law*, fundamentais à importância histórica da jurisprudência nesta tradição jurídica. O quarto capítulo procurou delinear algumas alterações legislativas voltadas à valorização da jurisprudência antes do novo código, para depois realizar uma análise crítica sobre a forma como vem ocorrendo a partir da promulgação na nova legislação. O quinto capítulo procurou esclarecer como a metáfora do romance em cadeia idealizada por Dworkin poderia colaborar para a formação das decisões judiciais, que posteriormente poderão ser aplicadas como precedentes. O sexto e último capítulo buscou explicar, ainda que brevemente, os elementos formadores do precedente, bem como as técnicas de superação e distinção dos mesmos.

Como já visto, a grande crítica que se faz ao sistema de padronização decisória instituído pelo CPC/2015 está no emprego inadequado desses padrões, com um arrolamento de ementas ou a indicação de números de julgados, sem qualquer análise de seus fundamentos determinantes ou tentativa de se demonstrar que a utilização destes como base da formação de novas decisões seria adequada.

Isso, porém, não quer dizer que esse sistema não seja importante e não possa contribuir para a melhora da prestação jurisdicional no país. A utilização de decisões de casos já julgados em situações que lhes são semelhantes constitui elemento fundamental para o tratamento isonômico dos sujeitos que se encontram em uma mesma posição jurídica. Além disso, permite que os integrantes da sociedade possam antever a provável solução dos conflitos, em razão da

expectativa de aplicação do entendimento já firmado por um determinado tribunal, atendendo aos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica.

Mas, o que não pode ocorrer é a busca pela racionalização dos julgamentos a todo custo, principalmente pelo mau uso de mecanismos e técnicas presentes no próprio Código de Processo Civil e na Constituição Federal, criando restrições ao direito fundamental de acesso à justiça.

Diante de todo o exposto, conclui-se que para uma prestação jurisdicional efetiva e adequada por meio da aplicação de precedentes vinculantes, deve haver a estruturação de um sistema que confira integridade, coerência e estabilidade através de decisões adequadamente construídas e devidamente fundamentadas, sem deixar de lado garantias processuais integrantes do modelo constitucional de processo.

Para tanto, deve haver uma modificação na mentalidade de todos os operadores do direito, aprofundando-se mais no estudo e compreensão dos fundamentos desses padrões decisórios ao invés de valerem-se da mera transcrição de ementas e súmulas em suas peças e decisões, a fim não só de provocarem a melhor e mais correta aplicação das decisões vinculantes aos casos concretos como também de justificarem sua superação ou não aplicação quando necessário.

Em síntese, um sistema de precedentes corretamente estruturado é um fator de promoção da igualdade e da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

- ALVES E SILVA, Ticiano. Carta ao professor Tesheiner: sobre os precedentes obrigatórios. Páginas de direito. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>.
- ALVIM, Teresa Arruda; CIANCI, Mirna; DELFINO, Lúcio. Novo CPC aplicado visto por processualistas / coordenadores Teresa Arruda Alvim, Mirna Cianci, Lucio Delfino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. A história do precedente vinculante na Inglaterra: um olhar sobre a função do *stare decisis*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 67, jul. /dez. 2015. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/1739-3318-1-sm.pdf>.
- ATAIDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. Uma proposta de sistematização da eficácia temporal dos precedentes diante do projeto de novo CPC. O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Professor José Joaquim Calmon de Passos (Coord. Fredie Didier e Antonio Adonias Aguiar Bastos). Salvador: Juspodivm, 2012.
- BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e. O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do *civil law* e do *common law*. Quaestio Iuris. vol. 11, nº. 03, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/37337612/As_origens_hist%C3%B3ricas_do_civilLaw_e_do_commonLaw_The_historical_origins_of_civilLaw_and_commonLaw> .
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo. Saraiva, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Luís Roberto Barroso (organizador). 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Teresina: Jus Navigandi, ano 9, n. 851, out. 2005. Disponível <<http://jus.com.br/artigos/7547>>.
- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no Direito brasileiro. Revista da AGU, v.15, n.3, 2016.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, 9 ag. 1943.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973.

BRASIL. Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006. Acresce o art. 285-A à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 8 fev. 2006.

BRASIL. Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008. Acresce o art. 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Diário Oficial da União, Brasília, 9 mai. 2008.

BRASIL. Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o processamento de recursos no âmbito da Justiça do Trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, 22 jul. 2014.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. São Paulo: Atlas, 2018.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. New Haven e Londres: Yale University Press, 1991.

CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DAVID, René. Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo Tradução Hermínio A. Carvalho. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil. 10. ed. Bahia: JusPodivm, 2015. v 2.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. O art. 489, §1º do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais – um precedente do STJ. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR. Edição especial. Ano 3. Número 1- Maio de 2018. Disponível em http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_3.pdf.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. Ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, v 2.

DONIZETTI, Elpídio. A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em 12/11/2018.

DRUMMOND, Paulo Henrique Dias; CROCETTI, Priscila Soares. Formação histórica, aspectos do desenvolvimento e perspectivas de convergência das tradições de *Common Law* e de *Civil Law*. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 2, n. 2, 01 abr. 2011. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.com.br/index.php/24-volume-2-numero-2-trimestre-01-04-2011-a-30-06-2011/124-formacao-historica-aspectos-do-desenvolvimento-e-perspectivas-de-convergencia-das-tradicoes-de-common-law-e-de-civil-law>.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo. Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1986.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC. Jota, publicado em 06.04.2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>. Acesso em 22/11/2018.

JAYME, Fernando Gonzaga et al (Cord.). Processo Civil - Novas Tendências: Homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao Código de Processo Civil. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LEFROY, A. H. F. *The anglo-saxon period of English Law*. *Yale Law Journal*, v. 26, 1916-1917.

MACÊDO, Lucas Buril. Precedentes judiciais e o direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A força obrigatória dos precedentes. Novo CPC aplicado visto por processualistas. Coordenadores Teresa Arruda Alvim, Mirna Cianci, Lucio Delfino. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9868/99 e 9882/99 - Revista Diálogo Jurídico, nº 11, fevereiro de 2002, Salvador/BA, Brasil. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI248239,21048Amici+curiae+e+audiencias+publicas+democratizacao+da+jurisdicao>.

NERY JR., Nelson. ABOUD; Georges. *Stare decisis* vs. direito jurisprudencial. In: FREIRE, Alexandre et al (coords.). Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 79, n. 2, abr./jun. 2013. Disponível em <http://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/4765/1/ARTIGO_Forma%C3%A7%C3%A3oAplica%C3%A7%C3%A3oDireito.pdf> .

OLIVEIRA, Fábio de. Por Uma Teoria dos Princípios: O Princípio Constitucional da Razoabilidade. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PEREIRA, Maria Juliana Braga. A influência do princípio da cooperação no negócio jurídico com o novo CPC. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5196, 22 set. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59889>.

POLLOCK, Frederick. *The expansion of the common law*. London: Stevens and Sons, 1904.

RAMIRES, Maurício. Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROMÃO, Pablo Freire; PINTO, Eduardo Régis Girão de Castro. Contraditório, Cooperação e Precedente: A ampliação do diálogo processual sob a ótica do Novo Código de Processo Civil. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume 15. Janeiro a Junho de 2015.

ROQUE, Andre Vasconcelos . Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). Novas tendências do processo civil. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1. Disponível em http://www.giselewelsch.com.br/blog/artigo-dever-de-motivacao-das-decisoes-judiciais-e-controle-da-jurisprudencia-no-novo-cpc-de-andre-vasconcelos-roque/16#_ftn6.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Contraditório participativo: Evolução, impactos no Processo Civil e restrições. Revista dos Tribunais, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/36446489/Contraditorio_participativo.pdf

ROQUE, Andre Vasconcelos. Da “objetivação do recurso extraordinário” à valorização da jurisprudência. In: Processo Constitucional. Coordenador: FUX, Luiz. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Improcedência liminar no novo CPC: mesmo nome, diferentes veículos. Jota, publicado em 9.5.2016, disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/improcedencia-liminar-no-novo-cpc-mesmo-nome-diferentes-veiculos-09052016>

SCALIONI, Fernando Gualberto; NOGUEIRA, Luiz Fernando Valladão. Apontamentos críticos ao peculiar sistema de padronização decisória instituído pelo novo CPC. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI280801,81042Apontamentos+criticos+ao+peculiar+sistema+de+padronizacao+decisoria>>.

STORY, Joseph. *Commentaries on equity jurisprudence as administered in England and America*. 13 ed. Boston: Little, Brown and Company, 1886, v. I.

STRECK, Lenio Luiz. Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes - Parte II. Conj. 29 de setembro de 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>>.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? Conj. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>.

STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistemasic-precedentes-cpc>>. STRECK, Lênio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>.

TESHEINER, José Maria Rosa. Contra os Precedentes Obrigatórios. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 13, nº 1099, 09 de dezembro de 2013. Disponível em <<http://www.tex.pro.br>>.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC - Fundamentos e sistematização. 2ª Ed., ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JR., Humberto. Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil – demandas repetitivas. Revista de Processo. Ano 41. vol. 255. São Paulo: Ed. RT, mai. 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e Direito processual civil europeu contemporâneo. José Rogério Cruz e Tucci Coordenador. São Paulo: Lex, 2010.

TUCCI, José Rogério. Notas sobre os conceitos de jurisprudência, precedente judicial e súmula. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-07/paradoxo-corteanotacoes-conceitos-jurisprudencia-precedente-judicial-sumula>>.

VIEIRA, Andréia Costa. *Civil Law e Common Law*: os dois grandes sistemas legais comparados / Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. Ed., 2007.

ZANETI, Hermes Jr. Em Precedentes Normativos formalmente vinculantes: a formalização das fontes jurisprudenciais. 2015.